Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 169 • julho/2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 169 • julho/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

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

Editores-executivos – Helen Christo e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (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) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP).

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexey Choi Caruncho (UFPR – Curitiba/PR) – Alvino Augusto de Sá (USP – São Paulo/SP) – Andressa Paula de Andrade (UNIFATECIE - Paranavaí/PR) – Antonio Baptista Gonçalves (PUCSP – São Paulo/SP) – Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP - São Paulo/SP) – Bruno Shimizu (DPESP – São Paulo/SP) – Bruno Tadeu Buonicore (STF – Brasília/DF) – Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC) – Carolina Salazar L'armée Queiroga de Medeiros (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Caroline Pereira Reis Mendes (Instituto Florence de Ensino Superior – São Luís/MA) – Cristhovão Fonseca Gonçalves (Universidade Estadual de Pernambuco - Recife/PE) – David Leal da Silva (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Debora Regina Pastana (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG) – Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz - Santa Cruz/BA) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF - Juiz de Fora/MG) – Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL) – Emília Merlini Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Francis R. Beck (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Gabriel Huberman Tyles (FADISP – São Paulo/SP) – Heloisa Melino (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Lucas Minorelli (PUCRS - Porto Alegre/RS) – Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS) – Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide - ESP) – Marcos Eugênio Vieira Melo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mariana Chies Santiago Santos (UFRGS – Porto Alegre/RS) – Milene Maria Xavier Veloso (UFPR – Curitiba/PR) – Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR) – Paola Bettamio Mendes (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Paulo Thiago Fernandes Dias (UNISINOS - São Leopoldo/RS) – Ricardo C. de Carvalho Rodrigues (Unifavip – Recife/PE) – Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco - Colatina/ES) – Rosane Teresinha Carvalho Porto (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP - Campo Grande/MS) – Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP) – Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Thiago Bottino (FGV – Rio de Janiro/RJ) – Thiago Colnago Cabral (USP – São Paulo/SP) – Vanessa Aparecida de Souza Fontana (ABEMPTRAN – Curitiba/PR) – Vanessa Chiari Golçalves (UFRS – Porto Alegre/RS).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alex van Weezel de la Cruz (Faculdade de Direito da Pontificia Universidad Católica de Chile – Chile) – Anderson José da Silva Segatto (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – André Filipe Pereira Reid dos Santos (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES) – Bruno Amaral Machado (Centro Universitário de Brasília – Uniceub – Brasília/DF) – Carlos Adalberto Ferreira de Abreu (Universidade La Salle – Porto Alegre/RS) – Clécio Lemos (Columbia University – EUA) – Danler Garcia (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG) – Diego da Rosa dos Santos (Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul – IFRS – Porto Alegre/RS) – Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP – Recife/PE) – Fernando Teixeira (FGV – Brasília/DF) – Gabriel José Chittó Gauer (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Jean de Andrade Fontes (Universidade FEEVALE – Porto Alegre/RS) – Jéssica Veleda Quevedo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Lawrence Estivalet de Mello (UFPR - Curitiba/PR) – Leandro Ayres França (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luana Ramos Vieira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Oliveiros Guanais (Procuradoria da República – Salvador/BA) – Pedro Estevam Alves Pinto Serrano (PUCSP – São Paulo/SP) – Priscilla Brito Silva Vieira (Centro Universitário de Brasília – Uniceub – Brasília/DF) – Roger Raupp Rios (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Thainá Lopes Dellacqua (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES).

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. 169 • julho/2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 169 • julho/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 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 e revista@ibccrim.org.br

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

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

Impresso no Brasil: [07-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [26.05.2020]

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

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

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

Conselho Consultivo

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

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

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

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

Grupo de Estudos

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

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Paulo Cesar Malvezzi Filho
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

Núcleo Financeiro

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

Núcleos de Biblioteca e Publicações

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

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE
Ana Paula da Silva
Andreia da Silva Rocha
Hegle Borges da Silva

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 169 • julho/2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

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

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

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

Designer Editorial: Lucas Kfouri

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação

Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

El error en el delito tributario
The error in the tax offence
Alex van Weezel de la Cruz 19

Crítica à "Teoria do Ato Indeterminado": dinheiro e poder na microdinâmica da corrupção-suborno
Critique of the "Undetermined Act Theory": Money and power in the microdynamics of bribery
Fernando Teixeira 41

Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs
Culpability and functionalism: an analysis taking into account the theories of Roxin and Jakobs
Oliveiros Guanais 81

Crime e Sociedade

A estigmatização da mulher negra no sistema criminal: uma análise do crime de tráfico de drogas sob a perspectiva do *labeling approach*
The black woman stigmatization in the criminal system: an analysis of the drug trafficking crime from the labeling approach perspective
Thainá Lopes Dellacqua e André Filipe Pereira Reid dos Santos 119

Justiça pós-penal: hora de propor
Post-Penal Justice: time to propose
Clécio Lemos 139

Lei Maria da Penha e lei do feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade

Maria da Penha Law and feminicide law: gender violence in Brazil between hostilities, symbolism and legitimacy

Danler Garcia 163

Da racionalidade normativa à prática judicial da justiça juvenil – uma revisão teórica

From normative rationality to judicial practice of juveile justice

Érica Babini Lapa do Amaral Machado 193

Projeto Vazou: pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil

Project Leaked: research on non-consensua sharing of intimate images in Brazil

Leandro Ayres França, Jéssica Veleda 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 231

Movimentos sociais: origens e criminalização

Social movements: origins and criminalization

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano 271

Tráfico internacional de pessoas e corrupção: uma simbiose invisível

International trafficking in human beings and corruption: an invisible symbiosis

Priscilla Brito Silva Vieira e Bruno Amaral Machado 289

Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista

Criminalization of homophobia in the Brazilian Constitutional Court: "social racism" and sexist discrimination

Roger Raupp Rios e Lawrence Estivalet de Mello 321

Índice Alfabético-remissivo

Autores 349

Temas 351

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 355

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 367

Condições para Submissão (*Check List*) 373

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020 375

El error en el delito tributario

The error in the tax offence

Alex Van Weezel de la Cruz

Doutor em Direito pela Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Professor de Filosofia do Direito Penal na Faculdade de Direito da Pontificia Universidad Católica de Chile. Advogado.
ORCID:https://orcid.org/0000-0001-9824-5492
avanweezel@claro.cl

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Tributário; Internacional

Resumo: O âmbito do Direito Penal secundário se notabiliza pelo caráter técnico e mutável da regulação e da necessidade de incorporar inúmeros "elementos normativos" para satisfazer as exigências do princípio da legalidade. Isso conduziu a uma nova reflexão sobre a distinção entre erro de tipo e erro de proibição desde uma perspectiva garantista. Neste artigo, o autor propõe uma análise crítica sobre a teoria do erro, discutindo a viabilidade de eliminar a atual distinção entre erro de tipo e erro de proibição.

Palavras-chave: Erro de tipo – Erro de proibição – Teoria da culpabilidade – Dolo – Imprudência – Delitos tributários – Elementos normativos do tipo.

Abstract: Secondary criminal law is notable for the technical and changing nature of regulation and the need to incorporate numerous "normative concepts" in the rule of law in order to meet the requirements of the principle of legality. This has led to a new reflection on the distinction between mistake of fact and mistake of law from a guarantee perspective. In this article, the author proposes a critical analysis of the mistake defense, discussing the feasibility of eliminating the current distinction between mistake of fact and mistake of law.

Keywords: Mistake of fact – Mistake of law – Theory of culpability – Recklessness – Negligence – Tax offences – Normative concepts.

Sumário: Introducción. 1. Crisis de la teoría de la culpabilidad. 2. Consecuencias para el Derecho penal secundario. 3. Desconocimiento y error. 4. El error en el ámbito penal tributario. 5. El tratamiento del error en el Código Tributario chileno. 6. Notas sobre la regulación del error en el Código Penal de la Nación Argentina.

Introducción

Las diferentes formas de entender las relaciones entre imputación subjetiva e imputación objetiva en Derecho penal se concretan en teorías diversas acerca de la existencia y tratamiento del error. Según la comprensión más extendida del injusto, en todo delito es posible distinguir un lado objetivo y un lado subjetivo. El lado objetivo del hecho se corresponde con la descripción contenida en la faz objetiva del tipo penal. El lado subjetivo abarca elementos consistentes en una relación psicológica entre el autor y el hecho objetivo (dolo, imprudencia, tendencias o ánimos) y elementos que implican una valoración del ordenamiento jurídico respecto del hecho concreto y su autor (agrupados común aunque no exclusivamente en la categoría de la culpabilidad).

Según la concepción ampliamente dominante en la actualidad – la denominada "teoría de la culpabilidad" –, si el sujeto desconoce alguno de los elementos que configuran el lado objetivo (error de tipo), este desconocimiento hace decaer la relación psicológica que le liga al hecho. Esta consecuencia es independiente de cualquier valoración posterior del desconocimiento. Si el sujeto, en cambio, desconoce el significado del hecho o de su intervención en él para el ordenamiento jurídico (error de prohibición), entonces rige en principio el antiguo aforismo romano "error iuris nocet". Por cierto que en ambos casos se admiten excepciones. Así, el error evitable sobre el lado objetivo deja subsistente la (excepcional y disminuida) responsabilidad por imprudencia, mientras que el error inevitable sobre la prohibición tiene como consecuencia la impunidad.

1. Crisis de la teoría de la culpabilidad

Este modelo puede considerarse aún dominante en la doctrina y se halla consagrado positivamente en muchos ordenamientos.[1] Ello no deja de ser sorprendente si se tiene en cuenta que se trata de un modelo en crisis. Desde el "descubrimiento" de los así llamados "elementos normativos del tipo" – es decir, de elementos del tipo que se refieren de un modo muy evidente a hechos de carácter social en la forma de hechos jurídicos – se ha hecho cada vez más difícil la distinción teórica y práctica entre objeto de la valoración y valoración del objeto que está en la base de la teoría de la culpabilidad. Ello resulta especialmente visible en el ámbito del Derecho penal secundario, caracterizado entre otras cosas por el

1. Es también el que establece el Anteproyecto de Código Penal para Chile en sus arts. 3º (error sobre el lado objetivo del hecho) y 4º (error sobre la "valoración" del hecho).

tecnicismo de la regulación. Pero se trata de un problema que afecta de la misma manera al Derecho penal nuclear.

Un típico ejemplo de elemento normativo es la ajeneidad de la cosa en el hurto: ¿puede decirse que en este caso la norma simplemente describe una constelación fáctica? El conocimiento de la ajeneidad de la cosa implica el conocimiento de que la propiedad consiste en el uso y goce exclusivos de la cosa por parte del dueño, y por tanto de lo que se hace al privar a este último de ella. Es decir, implica el conocimiento de que existen normas que regulan de cierta manera las relaciones con los bienes. Si al autor le falta dicho conocimiento, entonces no sabe lo que hace desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, y por ello es que la doctrina trata el error sobre éste y otros elementos similares como un error de tipo excluyente del dolo. Con ello desaparece, sin embargo, uno de los principales argumentos a favor de la distinción entre error de tipo y error de prohibición, en concreto, que el sujeto primero tiene que saber "lo que hace" y sólo luego está en condiciones de preguntarse cómo valora el ordenamiento jurídico esa conducta.[2]

Dicho de otro modo: al menos respecto de los tipos que contienen elementos con evidente carácter normativo[3] no puede hacerse la distinción entre objeto de la valoración y valoración del objeto. La sentencia de Welzel en el sentido de que ambas categorías se distinguirían como se distingue el cielo azul del azul celeste, simplemente no puede aplicarse a esta clase de tipos penales.[4]

La otra causa de la crisis son los casos en los que el desconocimiento se debe a que el sujeto no tiene ningún interés en conocer. La solución en el ámbito del error de prohibición estuvo, como se ha visto, clara desde un principio: *error iuris nocet*. Esta solución plantea de inmediato, sin embargo, la pregunta acerca de por qué ha de seguirse un criterio distinto cuando se trata de los elementos de la descripción típica. Cuando la indiferencia se refiere además a "elementos normativos", lo insatisfactorio del resultado es todavía más patente: el sujeto que

2. En realidad, es al revés: la única forma de que el sujeto distinga qué es relevante en el *mare magnum* de lo meramente simultáneo, es conocer la valoración que determina el contexto de relevancia.
3. Aunque la afirmación vale en lo sustancial también para los demás: el "otro" del tipo penal del homicidio; el "funcionario", en los delitos funcionarios; el "garante", en los delitos denominados "de omisión propia"; la conducta realizada "sin autorización competente", en los delitos medioambientales y en buena parte de los delitos económicos; etc.
4. Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 25 (he adaptado la cita para rescatar en lo posible el juego de palabras: *Welzel* se refiere literalmente al "rojo-rosa" y la "rosa roja").

arremete en su indignación contra los objetos que se hallan en su habitación, sin detenerse a pensar que algunos de ellos pertenecen a su arrendador, comete en el peor de los casos un atentado imprudente contra la propiedad (que en nuestro ordenamiento no es punible). Lo curioso de la solución no radica en que el sujeto resulte impune, sino en que su tratamiento sea completamente distinto del de quien piensa que, en casos de indignación, no delinque quien destruye cosas (sean ellas propias o ajenas) de menor valor.

2. Consecuencias para el Derecho penal secundario

En el ámbito del Derecho penal secundario se presentan los problemas anteriores, si cabe, con mayor fuerza. El carácter técnico y cambiante de la regulación y la necesidad de incorporar abundantes "elementos normativos" para satisfacer las exigencias del principio de legalidad en las descripciones típicas (en nuestro ámbito las descripciones aluden a boletas, notas de débito, declaraciones exigidas por las leyes, facturas, Zona Franca, etc.) han tenido como consecuencia un replanteamiento de la distinción entre error de tipo y error de prohibición desde una perspectiva garantista.

A partir del trabajo pionero de Tiedemann,[5] es usual reconocer excepciones a la vigencia del "error iuris nocet" que van más allá de lo generalmente aceptado en el ámbito del Derecho penal nuclear. Así, por ejemplo, el Código Penal portugués de 1982 establece en su art. 16 que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo en los tipos penales en que el conocimiento de la regla de conducta extrapenal es "razonablemente indispensable" para tener conciencia de la antijuridicidad. No obstante, la mantención de la distinción entre error de tipo y error de prohibición sigue siendo fuente de dificultades. Ello se refiere especialmente a la cuestión acerca de si un tipo penal determinado contiene elementos normativos, o si no se trata en cambio de una ley penal en blanco. En el primer caso, el error hace decaer el dolo y por regla general la punibilidad; en el segundo, subsiste al menos la posibilidad de sancionar por el hecho doloso con error vencible sobre la prohibición.[6]

5. Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, en especial p. 172ss.

6. La discusión está viva en Alemania en el ámbito penal tributario: por la consideración de los tipos de la Abgabenordnung como leyes en blanco *Joecks*, en *Franzen*, Klaus / *Gast de Haan*, Brigitte / *Joecks*, Wolfgang, Steuerstrafrecht, 6ª ed. 2005, Einleitung, n. 5; similar *Maiwald*, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984, p. 15ss.; por su consideración como elementos normativos del tipo *Tiedemann*, Chengchi Law Review 50 (1994), p. 312.

La propuesta de Tiedemann al respecto es conocida: la remisión a normas extrapenales constituye una incorporación de elementos normativos al tipo cuando para la percepción del carácter antijurídico del hecho no basta la lectura del tipo penal, sino que es necesaria la norma extrapenal. Formulado positivamente: el conocimiento del estado socialmente deseable y protegido penalmente define la conducta. Ello ocurriría especialmente en los casos en que la remisión se refiere a una norma reglamentaria o a un acto individual de la Administración.[7] Esta solución se opone a la tesis de Roxin, que aboga por el tratamiento del error sobre tales elementos según la teoría de la culpabilidad, pero de un modo "blando", es decir, considerando que en el Derecho penal secundario es en principio más frecuente la admisión de un error de prohibición, incluso invencible.[8]

Las posibilidades son, en consecuencia, las siguientes:

(a) Enriquecer el dolo con el conocimiento de las normas o actos que exigen los elementos normativos del tipo. Esto equivale prácticamente a la afirmación de que el dolo incluye la conciencia de la antijuridicidad, con las consecuencias que ello tiene desde la perspectiva del error. Ésta es, en definitiva, la solución de Tiedemann. Tiene la ventaja de que considera el injusto como una unidad y no se contenta con "fragmentos" de conocimiento por parte del autor. El problema es que no soluciona los casos de "ceguera ante los hechos".

(b) Restringir el dolo al conocimiento de la materialidad de la descripción típica, morigerando los efectos por medio de una teoría "blanda" de la culpabilidad en los supuestos de error, como sostiene Roxin. Con esta tesis, sin embargo, el dolo se reduce a algo casi casual: ¿por qué tiene que esforzarse el autor en evitar algo cuando la racionalidad social de la prohibición *en concreto* se le escapa, es decir, por qué si no sabe que los supuestos A y B no pueden concurrir en forma cercana, tiene que velar para que el supuesto A (por ejemplo, donación a una corporación educacional) no concurra en un tiempo cercano con el supuesto B (continuando el ejemplo: cursos de capacitación impartidos en condiciones favorables a trabajadores del donante)?[9] Por otra parte, en estos casos se castiga en

7. Por ejemplo, art. 97 Nº 12, 13, 14, 25 y 26 del Código Tributario chileno (en adelante: CT).

8. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tomo I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre, 3ª edición 1997, 21/39ss.

9. El art. 97 Nº 24 CT establece que "los contribuyentes de los impuestos establecidos en la Ley sobre Impuesto a la Renta (...) que reciban de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, contraprestaciones directas o indirectas o en beneficio de sus empleados, directores o parientes consanguíneos de éstos, hasta el segundo grado, en

forma severa la ceguera ante los hechos (dolo), pero ¿es razonable hacerlo justo en este ámbito del Derecho penal mientras que en el ámbito nuclear (por ejemplo, respecto del homicidio) rige en general el criterio de que tal ceguera impide la imputación del dolo?

3. Desconocimiento y error

A mi juicio existen buenas razones para preferir la solución de Tiedemann, y todavía mejores razones para abogar por una eliminación de la distinción entre error de tipo y error de prohibición.

En primer lugar, la distinción no da cuenta de que el delito no consiste en la causación de un menoscabo a un bien jurídico, sino en la infracción de un deber. Los presupuestos de dicha infracción y de su imputabilidad a una o más personas son la materia de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, la conducta delictiva aparece como una declaración del autor (y de los intervinientes) en el sentido de que el ordenamiento jurídico no rige en una situación determinada. Tal declaración sólo es comunicativamente posible en la medida en que quien la realiza cuenta con los elementos para poner en tela de juicio la vigencia del ordenamiento jurídico. Ya que las conductas relevantes en este sentido se hallan definidas normativamente, el conocimiento de la estructura normativa de la sociedad, al menos en lo que respecta a la conducta típica, es elemento imprescindible de la actuación delictiva. Por eso, aquél a quien no puede atribuírsele el conocimiento de que cualquier forma de abastecimiento de gas (natural comprimido o gas licuado de petróleo) a vehículos motorizados requiere del registro previo ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles conforme al art. 2º de la Ley Nº 18.502, no puede realizar el tipo del art. 97 Nº 26 CT[10]; lo mismo puede afirmarse

el año inmediatamente anterior a aquél en que se efectúe la donación o, con posterioridad a ésta, en tanto la donación no se hubiere utilizado íntegramente por la donataria o simulen una donación, en ambos casos, de aquellas que otorgan algún tipo de beneficio tributario que implique en definitiva un menor pago de algunos de los impuestos referidos, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo". Resulta evidente que el núcleo de la valoración del hecho viene dado por el concepto de "contraprestación". El propio tipo penal, en este caso, parece dar cuenta de una exigencia "adicional" de conciencia, al exigir en forma expresa que el sujeto obre "dolosamente" y, además, en forma reiterada.

10. "La venta o abastecimiento clandestinos de gas natural comprimido o gas licuado de petróleo para consumo vehicular, entendiéndose por tal aquellas realizadas por personas que no cuenten con las autorizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 2º

respecto de quien supone que la reapertura del local clausurado una vez pagada la multa constituye sólo un procedimiento burocrático, al menos respecto de la figura prevista en el art. 97 Nº 13 CT.[11]

Como se puede apreciar, los presupuestos de la concepción que se propone son los siguientes:

a) Por una parte, se asume que la imputación jurídico penal contiene no sólo un elemento retrospectivo, sino en primer lugar un elemento prospectivo: se trata del principio clásico de que el deber presupone el poder, que ya está presente en Aristóteles y se continúa en la Edad Media, especialmente en la obra de Tomás de Aquino, para reaparecer como una novedad en la tradición del Derecho Natural y luego, con un carácter casi revolucionario, en la filosofía de la Ilustración y del Idealismo.[12]

b) Por otro lado, y en dependencia de lo anterior, se asume que el delito es una expresión de sentido, es decir, en el lenguaje hegeliano, una expresión de la voluntad especial del delincuente, que se sitúa en contradicción con el Derecho como realización del espíritu objetivo, y cuya existencia por lo tanto es en sí nula, pero que, como procede de un ser racional, debe ser contradicha por el ordenamiento jurídico.[13]

---

de la ley Nº 18.502, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio y una multa de hasta cuarenta unidades tributarias anuales".

11. "La destrucción o alteración de los sellos o cerraduras puestos por el Servicio, o la realización de cualquiera otra operación destinada a desvirtuar la aposición de sello o cerradura, con multa de media unidad tributaria anual a cuatro unidades tributarias anuales y con presidio menor en su grado medio". En el sentido expresado en el texto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 21.XI.2001 (Gaceta Jurídica Nº 269 [2002], p. 129ss.).

12. Con respecto a Aristóteles, véase *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, reimp. de la edición de Jena (1903), 1967, p. 172ss.; sobre el pensamiento de los autores medievales, con especial referencia a la teoría del error, cfr. *Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, 1935, p. 133ss; una renovada visión de la teoría de la imputación del Aquinate en *Gläser*, Zurechnung bei Thomas von Aquin, 2005, en lo que aquí interesa especialmente p. 58ss.; sobre la (al menos incipiente) consideración del aspecto prospectivo en la teoría de la imputación de Pufendorf en el contexto del Iusnaturalismo, cfr. *Welzel*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, 1958, p. 88ss.; como muestra del pensamiento ilustrado, véase *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, Akademie-Textausgabe, III, 524 (=A 807/B 835), y de la filosofía del Idealismo, el propio *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 115 y siguientes.

13. Véanse, aparte de los pasajes habituales de las *Grundlinien*, las Lecciones de Filosofía del Derecho editadas por *H. Hoppe* (2005), correspondientes al semestre de invierno 1821/22, p. 90ss.

c) A lo anterior se suma, ya como aporte de la discusión jurídico penal de los últimos años, la idea de que tanto las condiciones de posibilidad del deber como la relevancia de una expresión de sentido no son determinables en abstracto, sino que sólo se pueden establecer socialmente, es decir, con referencia a la estructura de expectativas normativas de una sociedad en un tiempo determinados. Se trata del reconocimiento del Derecho como función social.[14] Esto significa, por ejemplo, que existen una serie de presupuestos socialmente reconocidos bajo los cuales el deber es posible, y cuya ausencia por consiguiente excluye dicha posibilidad. Tales presupuestos son tan cambiantes como la sociedad misma. Una muestra de ello es lo que se conoce como exigibilidad de otra conducta o normalidad de la motivación: en un estado social de bienestar no pueden aplicarse los mismos criterios respecto, por ejemplo, del estado de necesidad exculpante (piénsese en el aborto *honoris causa* o por causas socioeconómicas), que en una sociedad liberal de propietarios.

Lo mismo se puede afirmar de la relevancia de las expresiones de sentido. Para utilizar un ejemplo relacionado con la interrelación de esferas personales en un mundo caracterizado por los contactos anónimos: ya en el plano objetivo, tiene que existir un límite a la división de trabajo entre agentes que persiguen un fin común (como un equipo médico), o entre sujetos que interactúan sin que sea posible exigir que cada uno se interiorice de los planes y proyectos del otro (se trata en parte de la discusión en torno a las denominadas "acciones neutrales", como la del deudor que paga su deuda exigible al traficante de armas). Este límite objetivo – es decir, normativo – se expresa en la necesidad de distinguir entre formas de división del trabajo que son vinculantes, y otras que implican una separación total o parcial de esferas de responsabilidad entre los agentes.[15]

De estos elementos se desprende que un hecho psíquico – el conocimiento o el desconocimiento – no tiene en sí y por sí un sentido socialmente relevante, sino que es preciso *descifrar* su sentido según el contexto normativamente estructurado, es decir, es preciso establecer el significado social de tal hecho psíquico. Hay muchos casos en que esta tarea no es difícil, sobre todo porque la norma jurídica – el tipo penal – recoge en forma clara e inmediata una valoración social muy asentada. Pero hay otros en que puede resultar especialmente complejo.

14. *Jakobs*, Schuld und Prävention, en Recht und Staat, Heft 452/453 (1976); *él mismo*, en ZStW 89 (1977), p. 1ss.

15. Cfr. *van Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, p. 76ss., 206; específicamente en el ámbito penal impositivo, sobre la base de los pronunciamientos del Tribunal Supremo español, *Silva Sánchez*, El nuevo escenario del delito fiscal en España, 2005, p. 82ss.

Utilizaré un ejemplo muy polémico, que además puede servir para extraer consecuencias sistemáticas de índole más general: se suele decir que el dolo cumple una función apelativa, es decir, que la mera presencia de los elementos descritos en la faz objetiva del tipo ya constituye una llamada de atención para el autor. Esto se argumenta especialmente respecto de la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación, o de su falta de concurrencia. Así, antes de disparar contra alguien en legítima defensa, uno tiene que fijarse bien si está siendo atacado o no. Por eso es que, para muchos autores, el error vencible sobre estos presupuestos no puede excluir el dolo, sino que constituye un problema de reprochabilidad mayor o menor. Para otros, en cambio, los presupuestos fácticos de las causas de justificación son elementos negativos del tipo penal, y por lo tanto el error invencible sobre su concurrencia excluye el dolo.

Esta discusión, todavía plenamente vigente,[16] no se puede resolver si no se sabe qué es lo que se quiere establecer, qué es lo que se esconde tras la didáctica del injusto típico y la culpabilidad, el error de tipo y el error de prohibición. Si el Derecho penal trata de expresiones de sentido que lesionan el Derecho en cuanto tal, es decir, en cuanto expresión de la estructura normativa de una sociedad, entonces lo único que importa es determinar cuál es el déficit que se expresa en la conducta del sujeto. Si se trata de un déficit meramente cognitivo, como "el deber presupone el poder" hay que determinar si ese defecto es un error o si refleja, en cambio, un defecto volitivo, es decir, un "no querer conocer" por falta de interés o por otras causas. La situación es muy diferente en uno u otro caso. La sociedad, en efecto, puede permitirse disculpar defectos cognitivos que reflejan ante todo un fracaso en la planificación individual del autor: nuestra ley castiga por ello muy excepcionalmente la imprudencia y, cuando lo hace, la castiga en forma relativamente benigna. Pero la sociedad moderna, en un ambiente de pluralismo – o dicho con mayor precisión: de relativismo – no puede permitirse la indulgencia de los defectos volitivos (en el amplio abanico que va desde un "no estoy de acuerdo" hasta un "no me interesa"), pues de hacerlo firmaría su propia acta de defunción. Por eso es que los así llamados "errores de derecho" no excusan en principio, sino sólo cuando revelan un déficit que de alguna forma no es imputable al autor, sino a la sociedad misma (deficiente socialización del sujeto o de la norma en cuestión).[17]

De lo anterior se deriva una consecuencia de mucha importancia para la teoría del error: el mero desconocimiento no es en sí relevante; lo relevante es la

16. Al respecto véase *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2a. ed. 1991, 11/42ss.

17. *Jakobs*, ZStW 101 (1989), p. 516ss.

causa del desconocimiento, y el juicio que respecto de esa causa realiza el ordenamiento jurídico. Hay algunas causas que el ordenamiento jurídico considera razonables o justificadas, y otras que para el ordenamiento no lo son ¿Cuál es el criterio del que se sirve el Derecho para discriminar? El criterio es la motivación del autor, que permite distinguir entre las causas que revelan un déficit de motivación en orden a respetar el Derecho y las que no revelan tal déficit, sino que más bien constituyen la respuesta del sujeto a la pregunta acerca de qué es lo que en su caso cabía esperar de una motivación óptima. Lo esencial es, entonces, determinar si el sujeto ha obrado con una motivación dominante de respeto al Derecho: el desconocimiento y sus causas son indicios de tal motivación, conforme a las valoraciones propias del mismo ordenamiento jurídico.

Por eso es que muchas veces la teoría de la imputación objetiva puede aparecer como una especie de objetivización de la imputación subjetiva: no es así, la imputación subjetiva es insustituible. De lo que se trata es de acotar el segmento de los hechos que es relevante desde el punto de vista del juicio acerca de la motivación del autor: se trata de saber qué es lo que el autor, supuesta la motivación de respeto al Derecho, tiene el deber de evitar, para luego determinar si podía individualmente evitarlo. Por ejemplo, la intensidad del deber de no comercializar un producto que podría ser peligroso depende de la valoración social, que a su vez cambia en el tiempo conforme a si la sociedad en cuestión está necesitada de emprendimiento o más bien saturada de productos de consumo. Desde esta perspectiva, decir "conocimiento del tipo" – ¿estoy lesionando? – no es sino otra forma de decir "conocimiento del riesgo permitido" y, con ello, conocimiento del significado de la conducta. Algo análogo ocurre respecto del deber del vendedor de hacerse cargo de lo que el comprador hace con un producto; la existencia e intensidad de tal deber depende igualmente de la valoración social cambiante, y así puede observarse en la evolución del tratamiento jurisprudencial de la venta de licor a los clientes de un bar, quienes previsiblemente van a cometer luego el delito de conducción bajo la influencia del alcohol; o respecto del deber de atender al comportamiento futuro de la posible víctima (por ejemplo, la imputación de las lesiones a quien deja su automóvil con el motor encendido, lo que permite que un tercero no autorizado lo conduzca y se lesione).[18]

En estas situaciones queda en evidencia que el conocimiento de una descripción típica sin el conocimiento de su referencia a la estructura normativa de la sociedad, a las valoraciones sociales, carece de significado desde el punto de vista

18. Sobre éstas y otras constelaciones similares, cfr. *van Weezel*, Beteiligung bei Fahrlässigkeit, 2006, p. 155ss., 251ss.

del ordenamiento jurídico. En la formulación de Jakobs, es como saber que con una cosa cualquiera puede ocurrir otra cualquiera en un tiempo cualquiera.[19]

4. El error en el ámbito penal tributario

Lo expuesto tiene importantes consecuencias en el ámbito penal tributario: se trata de saber cuál es el significado de la ignorancia o desconocimiento del autor, es decir, qué refleja dicha ignorancia o desconocimiento respecto de su motivación de respeto al ordenamiento jurídico. La consecuencia dogmática de esta perspectiva es palmaria: no se trata de la distinción entre error de tipo y error de prohibición.

Esto se manifiesta, por contraste, en la discusión acerca de si las referencias a normas extrapenales en el tipo de los delitos tributarios pueden llevar a considerarlo como ley penal en blanco, con la consecuencia de tratar el error sobre tales normas como un error de prohibición en el esquema de la teoría de la culpabilidad. En realidad, es el problema el que está mal planteado: el tipo del hurto no es una ley penal en blanco por el hecho de que tanto la ajeneidad de la cosa como su carácter de mueble se determinen con referencia al Derecho civil, como tampoco lo son los tipos penales contenidos en el Código Tributario, si no se les quiere convertir en delitos de mera desobediencia,[20] es decir, en casos de administración centralizada de los riesgos por parte del legislador. Como se ha visto, hay que rechazar esta idea de plano, si de lo que estamos hablando es de conductas que constituyen una expresión de sentido, y si de lo que se trata es de establecer un déficit de motivación del autor: sin una referencia al contenido de la prohibición no estamos en el ámbito del Derecho penal, sino en el del Derecho de policía.

En el ámbito tributario, la única cuestión relevante consiste por lo tanto en determinar si el sujeto, para actuar dolosamente, debe conocer la verificación los presupuestos de existencia de la obligación tributaria, o si además debe conocer que dichos presupuestos han dado origen a una deuda frente al Fisco, a la cual él se sustrae mediante su comportamiento. Como los delitos tributarios no son delitos de mera desobediencia, sería improcedente considerar las remisiones a normas tributarias como remisiones en blanco y aplicar sin más respecto del

19. Dolus malus, en *K. Rogall* et al. (ed.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, p. 119.

20. Lo que en Chile no es posible, por ejemplo, debido al art. 110 CT, que establece expresamente la exención de responsabilidad penal en los casos de error (en la nomenclatura habitual: de prohibición) invencible.

desconocimiento la teoría de la culpabilidad, en el sentido de que el desconocimiento evitable dejaría subsistente el dolo.

Por el contrario, los elementos contenidos en la remisión deben ser abarcados por el dolo del autor; es decir, al sujeto debe poder atribuírsele el conocimiento de que con su comportamiento se sustrae a una deuda frente al Fisco. Si tal atribución no es posible, entonces es preciso atender al motivo del desconocimiento. Cuando el motivo es razonable según la valoración social, la conducta es socialmente adecuada, es decir, atípica o no culpable (según la didáctica que se prefiera). Cuando el motivo no es razonable, el juez podrá por regla general reducir en algo la pena, según el peso del motivo. Es decir, en tales casos es posible una graduación que va desde una pena como la que correspondería al hecho imprudente hasta la pena asignada al hecho doloso, con o sin atenuaciones.

Sin una solución clara con el aparato conceptual de la doctrina dominante queda el problema del desconocimiento por indiferencia, que sólo es abordable mediante la institución del *dolus indirectus*. Sin embargo, y como ya adelantábamos, precisamente en el ámbito tributario hay buenos motivos para pensar que tal institución no es aplicable sin pasar previamente por una reformulación integral de la problemática. Aparte de que hoy no se aplica generalmente en el Derecho penal nuclear, existe una razón sistemática que impide acoger *de lege lata* el régimen del *dolus indirectus* en materia penal tributaria: en Chile, el simple retardo u omisión en la presentación de declaraciones se encuentra sancionado en la ley como contravención (art. 97 Nº 2 CT), en contraposición al delito del art. 97 Nº 5 CT.

El tratamiento de las normas extrapenales como elementos del tipo impide, por otra parte, la manipulación de los criterios para el enjuiciamiento del error que favorece la teoría "blanda" de la culpabilidad y que conduce a un debilitamiento de la garantía de vigencia de la norma. La solución permite asimismo evitar la situación de "todo o nada" a la que lleva el tratamiento de este error como error de prohibición, pues deja en todo caso abierta la posibilidad de sancionar como si se tratara de un hecho imprudente, posibilidad de la que los tribunales chilenos han hecho uso, según se verá.[21] Como problema especialmente complejo subsiste, sin embargo, la interpretación de un determinado elemento típico como elemento normativo o como remisión propia de una ley en blanco: la tarea de interpretar cada tipo penal no se puede, de hecho, escamotear.

21. Véase más abajo, nota 24. Sobre la situación en España, véase *Silva Sánchez*, El nuevo escenario (como en nota 15), p. 80s.

De este modo queda en evidencia uno de los aportes de la ciencia penal moderna a la discusión: en la medida en que se concibe la teoría de la imputación objetiva – al menos en parte importante – como una teoría del significado socialmente vinculante del comportamiento, todo elemento del tipo es en realidad un elemento normativo. Es por ello que todo dolo es un "dolo malo": si no existe la posibilidad de atribuir al sujeto un conocimiento suficiente del significado social de su conducta, no puede atribuírsele dolo alguno.

5. El tratamiento del error en el Código Tributario chileno

El Código Tributario chileno contiene una regulación original de la problemática del error, sobre la que vale la pena realizar algunas consideraciones.[22] El análisis mostrará que no es posible prescindir de una normativización de las categorías del error y la exigibilidad.

a) La regla del art. 110 CT

El art. 110 CT regula expresamente el error en materia penal tributaria. Según esta norma, el "conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas" puede constituir bajo ciertos presupuestos la circunstancia eximente del art. 10 Nº 12 CP o, en su defecto, la atenuante del art. 11 Nº 1 CP.[23]

Como se ha visto, el "conocimiento del alcance de las normas infringidas" se refiere al conocimiento necesario para que se configure el dolo del delito en cuestión. En este sentido, llama la atención el hecho de que, según el art. 110 CT, el error sobre el alcance de las normas pueda fundamentar tanto la exención de responsabilidad como su atenuación. Por otra parte, la ley no precisa en qué casos se

22. Se trata del art. 110 CT: "En los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias, podrá constituir la causal de exención de responsabilidad penal contemplada en el Nº 12 del artículo 10 del Código Penal o, en su defecto, la causal atenuante a que se refiere el número 1º del artículo 11 de ese cuerpo de leyes, la circunstancia de que el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. El tribunal apreciará en conciencia los hechos constitutivos de la causal eximente o atenuante".

23. El art. 10 Nº 12 CP exime de responsabilidad penal "al que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable", mientras que el art. 11 Nº 1 CP señala que atenúan la pena las eximentes "cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos". La ley asocia además a todas o algunas (según las diferentes interpretaciones) de estas últimas circunstancias una reducción extraordinaria de la pena – de hasta tres grados –, prevista en el art. 73 del mismo Código.

configura la eximente y en qué otros tiene aplicación sólo la atenuante, sino que se limita a encomendar al tribunal la apreciación en conciencia de los hechos constitutivos de la circunstancia respectiva. Se trata de una solución plausible, que combina las ventajas de las teorías del dolo y de la culpabilidad: el Código Tributario no contempla delitos imprudentes, pero la falta de conocimientos adecuados a la actividad económica que el sujeto realiza constituye una especie de "culpa de Derecho". Estas hipótesis se castigarán sólo cuando el juez lo estime pertinente, pero con una pena atenuada, como si se tratara de un hecho imprudente.[24]

Las consideraciones anteriores permiten explicar la confusa remisión del art. 110 CT al art. 10 Nº 12 CP. Esta última norma contiene dos eximentes de muy diversa índole, una justificante amplia (semejante a la del art. 10 Nº 10 CP) y una exculpante por "insuperabilidad" de la causa. Todo ello, además, referido al "que incurre en una omisión". Si, como se ha visto, la disposición del Código Tributario regula el error sobre el alcance de la obligación tributaria y, como consecuencia de ello, los presupuestos cognitivos del dolo, entonces la remisión del art. 110 CT no puede entenderse referida a la causa de justificación del art. 10 Nº 12, 1ª alt. CP, sino exclusivamente a los casos de insuperabilidad de la causa de la omisión. El tenor literal del art. 110 CT fuerza, además, a esta interpretación, en cuanto se refiere al contribuyente que ha incurrido en error como el "infractor" y a las normas de que se trata como "normas infringidas": se trata pues, en todo caso, de una infracción tributaria. Ahora bien, el error sobre el alcance de la obligación hace desaparecer el dolo del hecho para dejar subsistente una especie de culpa de Derecho, la que a su vez remite de un modo especialmente intenso a un "momento de omisión" – la omisión de procurarse los conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad económica de que se trata. Es precisamente esta "omisión" la que el legislador no quiere castigar siempre, por lo que ha establecido que "en los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias" (con independencia de si la infracción se produce como consecuencia de un despliegue de energía física o no), "podrá" considerarse excusable el conocimiento imperfecto de las obligaciones pertinentes.[25]

24. Véanse al respecto las sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de la Corte Suprema, en Gaceta Jurídica Nº 269 (2002), p. 29ss. Mientras la primera opta por aplicar "una especie de error de prohibición" (el sujeto de escasa ilustración, que ya había pagado la multa, estimó que la apertura formal del negocio era un "trámite burocrático") conforme a las reglas generales, la Corte Suprema intenta precisar el alcance del art. 110 CT y concede sólo una atenuante de responsabilidad.

25. Lo expuesto queda en evidencia en la sentencia de la Corte Suprema de 6.XI.2002, en Fallos del Mes Nº 504, p. 3890, en la que el voto de mayoría rechaza la eximente del

b) ¿Excepción o regla general?

El art. 110 es la única norma del Código Tributario relativa a los efectos del error, y la remisión al Código Penal con carácter supletorio según el art. 2º CT carece de un contenido preciso y aprovechable, pues este último cuerpo legal no contiene normas que regulen unitariamente el error, sino sólo regulaciones fragmentarias que ofrecen puntos de apoyo para diferentes teorías. No obstante, el precepto se refiere expresamente sólo al "infractor de escasos recursos pecuniarios". Parece evidente que el legislador tributario, al redactarla, ha tenido en mente únicamente al contribuyente de recursos escasos e instrucción insuficiente, que no está en situación de acceder a una asesoría tributaria profesional. A todo ciudadano del que no pueda predicarse esta cualidad sería aplicable, en consecuencia, un régimen más estricto, que no puede ser otro que el de la teoría estricta de la culpabilidad, pues a su respecto – en contraposición a lo dispuesto en el art. 110 CT, que sería una norma excepcional – ni siquiera existiría la posibilidad de atenuar la pena por conocimiento imperfecto de la norma. La opción del Código Tributario sería entonces, *a contrario sensu*, el régimen de "todo o nada" de la teoría de la culpabilidad, que sólo admitiría correcciones por la vía de una apreciación flexible de los supuestos de invencibilidad del error.

Con todo, parece posible abogar por una aplicación analógica de la regulación del art. 110 CT a todos los supuestos de error. En efecto, ¿cuál es el tratamiento adecuado para el contribuyente medio, que no puede ser considerado ni rico ni de escasos recursos pecuniarios? El supuesto punto de partida del legislador en el sentido de que el contribuyente de escasos recursos puede errar más fácilmente y, sobre todo, que la falta de igualdad de oportunidades económicas puede compensarse a través de un tratamiento penal más benigno no sólo es discutible, sino que pone en entredicho el principio de igualdad en la repartición de las cargas. A ello se suma la voz prácticamente unánime de la doctrina en el sentido de conceder una eficacia mayor a los supuestos de error en el ámbito del Derecho penal secundario. Tal aspiración es la que ha llevado a proponer la incorporación de las normas de remisión como elementos normativos del tipo. Pero incluso quienes se inclinan por la aplicación de la teoría de la culpabilidad,[26] añaden el importante complemento de que es necesario dejar suficiente espacio para la apreciación de error de prohibición, incluso invencible. Pues bien, precisamente

art. 110 CT en relación con una conducta eminentemente activa – destrucción de sellos del art. 97 Nº 13 CT –, pero reconoce la circunstancia atenuante prevista en la norma en relación con el art. 11 Nº 1 CP.

26. Cfr. *Roxin*, AT I (como en nota 8), 21/39ss.

a este resultado conduce la regulación del art. 110 CT: el desconocimiento del alcance de la norma excusa o al menos atenúa la responsabilidad, si existen motivos razonables para ello. Desde el punto de vista material, la norma poseería, en consecuencia, un contenido de aplicación general, aunque la ley se refiera expresamente sólo al contribuyente de escasos recursos pecuniarios.

c) Normativización del error y su vencibilidad

El art. 110 CT introduce dos elementos importantes en el sistema penal tributario. Por una parte, la regulación despoja la referencia a una "causa insuperable" de toda connotación naturalista. En efecto, el precepto admite el error sólo cuando "una causa justificada"[27] – la ley da un ejemplo: insuficiente ilustración del infractor de escasos recursos – permita "presumir" un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. Es decir, fuera de las situaciones circunscritas por estos presupuestos no puede hablarse de error en el sentido de una descarga de responsabilidad, aunque de hecho exista ignorancia del infractor. Y viceversa: hay error siempre que causas justificadas hagan presumir el conocimiento imperfecto de las normas; cuál haya sido de hecho el nivel de conocimientos del infractor, es irrelevante para la valoración de la situación de acuerdo al art. 110 CT.

En segundo término, la referencia del art. 110 CT al art. 10 Nº 12 CP pone en relación dos instituciones centrales de la parte general: la teoría del error y el elemento de la culpabilidad generalmente conocido como exigibilidad de otra conducta o normalidad de la motivación. La lectura conjunta de ambas normas permite, de hecho, observar la estrecha relación que existe entre la normalidad o anormalidad de la motivación (insuperabilidad de la causa) y el error sobre el alcance de las normas tributarias, pues pone de manifiesto que el problema de la vencibilidad o invencibilidad del error es, en definitiva, un problema de exigibilidad, y que por lo mismo no es adecuado dividir sistemáticamente (otra cosa puede valer a efectos didácticos) el lado subjetivo del hecho entre faz subjetiva del tipo penal y culpabilidad.

Los límites de la invencibilidad del error, por una parte, y de su eficacia respecto de la punibilidad, por otra, son en cambio variables y dependientes de cada ámbito de regulación. El art. 110 CT contiene, en este sentido, una opción precisa, válida en el ámbito penal tributario: si existen motivos razonables que hagan presumir un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas, el tribunal puede eximir de responsabilidad o reconocer una atenuante.

27. En el sentido de una causa "razonablemente suficiente"; la ley utiliza aquí un lenguaje coloquial.

d) ¿Sólo respecto de omisiones? Normalidad de la motivación

El art. 110 CT se refiere expresamente sólo a la omisión de obligaciones tributarias. Esto es llamativo, pues existen buenas razones para pensar que se trata de una norma de aplicación general. En efecto, y como ya anticipábamos, se trata de una cuestión de normalidad de la motivación o exigibilidad, lo que aparece de manifiesto al analizar la remisión contenida en el mismo precepto.

La remisión al art. 10 Nº 12 CP, en el contexto de las dificultades generales de interpretación del precepto del Código Penal y de la comprensión tradicional de la problemática, puede tener dos sentidos diversos:

(1) Según el primero de ellos, la ley chilena asumiría – en todo el sistema, pero especialmente en el art. 10 CP – que las omisiones son menos graves que las acciones y por eso habría establecido algo aparentemente inaudito, sólo aplicable a las figuras omisivas: que la omisión "por causa insuperable" no es punible. Con ello se establecería una institución sin paralelo en el ámbito de la acción, una causa genérica de exculpación, que permitiría atribuir a situaciones anormales de motivación un efecto eximente de la responsabilidad, siempre que concurra el requisito de la "insuperabilidad".

De acuerdo a esta interpretación, el Código Tributario señalaría en forma expresa una concreción posible de la "causa insuperable" para el ámbito penal impositivo. Se trataría, en concreto, de una cuestión de conocimientos insuficientes acerca del alcance de las normas infringidas – y por tanto de las obligaciones tributarias – en el infractor de escasos recursos, es decir, de una situación en que la motivación no puede formarse adecuadamente. La "causa insuperable" aludida es, dicho de otro modo, una que convierte en invencible el error del autor.

(2) Una segunda posibilidad de interpretación consiste en considerar que el art. 10 Nº 12, 2ª alt. CP sólo se refiere a los casos de "ausencia de omisión" por falta de una posibilidad real de evitar el resultado.

De ser así, la norma del Código Penal constituiría una reiteración del concepto de omisión, cuyo sentido radicaría en el establecimiento de una excepción expresa a la presunción de voluntariedad contenida en el inciso 2º del art. 1º CP. Es decir, el art. 10 Nº 12, 2ª alt. CP contendría un reconocimiento expreso de que la omisión en principio "penada por la ley" puede no ser voluntaria por el influjo de elementos provenientes del ambiente en que se desenvuelve o se ha desenvuelto el autor, que es lo que caracteriza a la circunstancia exculpante de inexigibilidad, en oposición a la inimputabilidad permanente o transitoria. La "falta de ilustración" del art. 110 CT constituiría en este sentido una concreción de las causas posibles de falta de voluntariedad por causa insuperable.

Ninguna de las dos opciones reseñadas resulta totalmente convincente. En el primer caso, habría que aceptar que el Código Penal contiene una causa "genérica" de exculpación, lo que no responde a la naturaleza de las eximentes de responsabilidad basadas en un déficit motivacional: el Estado secularizado no puede permitirse sin más exoneraciones de responsabilidad por defectos volitivos. Cuando el ordenamiento jurídico concede tales exoneraciones, lo hace sólo en el marco de excepciones típicas. La segunda interpretación implica que la norma contiene una mera repetición del concepto de omisión, lo que no es inofensivo sino que conduce a equívocos. Precisamente la regulación del art. 110 CT se opone a una interpretación de la norma de remisión (el art. 10 Nº 12, 2ª alt. CP) como una referencia expresa a los casos de ausencia de acción u omisión, por cuanto permite graduar la valoración, es decir, eximir completamente de pena o sólo atenuar la responsabilidad, lo que no se condice con la distinción entre ausencia o presencia de omisión, que por definición no es graduable.

Para alcanzar la solución a nuestro juicio correcta es preciso prescindir de la distinción entre acciones y omisiones en el plano de la imputación. Como se ha anticipado, la norma del art. 110 CT no guarda relación con esta distinción, sino con comportamientos en los que *no se han tenido en cuenta* las normas y obligaciones tributarias pertinentes. En este sentido puede hablarse, si se quiere, de un "momento de omisión". Precisamente en tales casos pueden verificarse los presupuestos que, según la ley, hacen presumir un conocimiento imperfecto del alcance de las normas pertinentes, es decir, un desconocimiento que no es óbice a la "infracción" de tales normas, pero cuyos presupuestos la hacen total o parcialmente excusable. En cualquier caso, no se trata de una causa genérica de exculpación aplicable sólo a las omisiones ni de casos de ausencia de omisión: la culpabilidad del delito tributario decae por anormalidad de la motivación en las hipótesis tradicionales de fuerza irresistible y miedo insuperable.[28] Lo que hace

28. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones de Valparaíso (sentencia de 21.XI.2001) estimaron que se verificaba una hipótesis de fuerza irresistible en un caso en que el sujeto destruyó los sellos puestos por el Servicio en razón de una medida de clausura (art. 97 Nº 13 CT). El sujeto había ingresado de noche al local con el fin de retirar un dinero de su propiedad para satisfacer necesidades urgentes de su familia. La Corte Suprema, no obstante, estimó que la eximente del art. 10 Nº 9 CP "exige que la fuerza o el miedo sea de tal entidad que provoque en el sujeto activo compulsión suficiente (...) que *obnubile la voluntad* del actor, no obstante lo cual actúa. Ello no se desprende de los antecedentes reunidos en autos" (sentencia de 6.XI.2002, en Fallos del Mes Nº 504, p. 3890, lo destacado es nuestro).

el art. 110 CT es poner en evidencia la vinculación estrecha que existe entre la normalidad de la motivación o exigibilidad de otra conducta y un problema que la ciencia penal suele tratar en lugar aparte, la cuestión de la invencibilidad del error. La norma viene a señalar que la ley no quiere castigar siempre o, dado el caso, sólo en forma atenuada, el déficit en la formación de la motivación proveniente del error sobre el alcance de las normas (y las obligaciones contenidas en ellas), cuando tal error es invencible o sólo difícilmente vencible (es decir, cuando al error subyace un "momento de omisión" en sentido estricto[29]).

El enjuiciamiento de la vencibilidad del error no depende, como se ha visto, del *factum* del conocimiento o desconocimiento: la ley se refiere a una "causa justificada" que "haga presumir" un conocimiento imperfecto del alcance de las normas. Se trata por tanto de una cuestión de *repartición de las cargas del desconocimiento* desde la perspectiva de la atribución social de responsabilidades y, en definitiva, de la función de la pena estatal. Ello implica lo siguiente:

(1) En principio, la ley parte de la base de que el sujeto, para actuar en el ámbito económico, debe procurarse los conocimientos necesarios, también en lo que respecta a sus obligaciones tributarias. La complejidad propia del ámbito de regulación puede conducir tanto a atenuaciones de la responsabilidad penal como a una re-elaboración de las categorías dogmáticas que dé cuenta de tal complejidad en vistas a la articulación de un reproche razonable (v.gr. la consideración de las remisiones típicas a obligaciones extrapenales como elementos normativos del tipo). Pero la tarea de procurarse los conocimientos necesarios para la actuación económica, también en el ámbito fiscal, es competencia de cada agente económico. El desconocimiento del alcance de la norma no exime ni atenúa por sí mismo, sino bajo presupuestos que lo hagan razonable.

(2) Como todos los delitos del Código Tributario requieren dolo, y para poder atribuir el dolo es preciso poder atribuir al menos un mínimo conocimiento del alcance de las normas tributarias y las obligaciones pertinentes (que, en la nomenclatura tradicional, constituyen elementos normativos del tipo), el contribuyente que adolece de un conocimiento en cierto grado imperfecto simplemente actuaría sin dolo. Por eso, el *sentido* del art. 110 CT sólo resulta comprensible si se tiene en cuenta que el dolo es un concepto adscriptivo y no descriptivo, de modo que no consiste en el conocimiento de ciertos elementos de la realidad exterior,

29. Sobre este "momento de omisión", véase *van Weezel*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, Nº 2 (1999), p. 323ss.

sino en que sea posible atribuir al sujeto dicho conocimiento. Precisamente porque el dolo no consiste en el conocimiento como hecho psíquico, la norma del art. 110 CT tiene sentido y cumple una función.[30]

Como la inexigibilidad es una causa de exculpación o de atenuación basada en un déficit motivacional excusable, el requisito de que exista una "causa justificada" del conocimiento insuficiente debe ser llenado de contenido en cada caso concreto. A muestro juicio,[31] hay que tener en cuenta lo siguiente para dar por establecida la eximente y, *mutatis mutandis*, la atenuante del art. 110 CT:

(a) El juicio ha de realizarse teniendo en cuenta la finalidad de la pena, reafirmar normativa y cognitivamente la vigencia de la norma, por lo que se trata de saber si, aceptada la excusa, todavía es posible organizar jurídicamente el ámbito de que se trata.

(b) La motivación del autor ha de poder considerarse como reacción adecuada a la situación en que se encuentra, lo que especialmente ocurre cuando el autor no es él mismo responsable de dicha situación.

(c) Lo anterior significa que el conflicto puede explicarse como casualidad o como competencia de otro (dado el caso, el mismo Fisco; el art. 26 CT menciona expresamente una situación de esta especie, referida a la interpretación de las normas emanada del Servicio de Impuestos Internos).

30. En un caso en que el sujeto omitió la emisión de las correspondientes facturas al momento de recibir anticipos a cuenta del precio de contratos generales de construcción y, como consecuencia de ello, haber presentado declaraciones de pagos provisionales mensuales incompletas, la Corte Suprema (sentencia de 6.XII.2005, cons. 7º) tuvo por acreditado el dolo (directo) sobre la base de los siguientes hechos: "a) La profesión de abogado del imputado, lo que le permite conocer las leyes en una mejor forma que quienes no tienen esa profesión [conocimientos especiales]; b) Su dedicación a la actividad de la construcción por varios años, de modo que no ha podido ignorar la legislación tributaria aplicable a dicha actividad [conocimientos propios del rol del sujeto], y c) El haber facturado y declarado el IVA en el momento de la percepción de los pagos" respecto de otros clientes "y en otros casos donde sólo declaró una ínfima parte del impuesto" [exteriorización de conocimientos].

31. Cfr. en general *Jakobs*, AT (como en nota 16), 20/1ss. Con respecto a los criterios utilizados por la jurisprudencia en casos concretos, véanse en particular las sentencias del 11º Juzgado del Crimen de Santiago, de 30.VI.1992 (Revista Impuestos Nº 48, p. 44), de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 15.III.1993, y de la Corte Suprema, de 18.VII.1994.

6. Notas sobre la regulación del error en el Código Penal de la Nación Argentina

Concluyo con unas breves notas sobre la regulación del error en el Código Penal de la Nación Argentina.

El art. 34 Nº 1 del Código Penal de la Nación parece conducir a una interpretación como la que se ha sostenido respecto de la ley chilena. La norma establece, en lo que aquí interesa, que no es punible "el que no haya podido en el momento del hecho", por "error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".[32]

En primer lugar, el desconocimiento ha de tener como efecto que el sujeto no haya podido *comprender* la criminalidad del acto. Al poner la antigua noción de "error de hecho" en relación directa con la capacidad de comprensión de la criminalidad del acto, la norma conduce a prescindir – al menos en una parte importante de los casos y desde luego cuando se trata de "elementos normativos" – de la distinción entre error de tipo y error de prohibición. De este modo, la regulación se adapta con propiedad al Derecho penal secundario, donde precisamente se presenta con frecuencia el problema de que la antijuridicidad de la conducta no se desprende en forma evidente de su descripción típica, y que es el que ha llevado a la discusión acerca de los límites en la apreciación del error de prohibición.

Junto con desplazar la distinción entre error de tipo y de prohibición, la norma centra la atención en la "imputabilidad", en las causas del desconocimiento: cuando éste obedece a un motivo razonable, entonces se puede hablar de error; si tal motivo falta, entonces se trata simplemente de un desconocimiento que no libera de responsabilidad. De modo que, por una parte, la ignorancia de hecho ha de ser "no imputable", requisito que no se cumple, por ejemplo, en los casos de ceguera ante los hechos por indiferencia: *dolus indirectus*. Por otra parte, cabe pensar en un "desconocimiento" en sentido normativo, pues si la regulación atiende a la "imputabilidad" del desconocimiento, es decir, a su relevancia social, entonces pueden existir también conocimientos que tienen un carácter meramente accidental – porque no son socialmente relevantes –, como en el caso de una secretaria que casualmente tiene conocimientos tributarios y advierte la falsedad de la declaración de impuestos que está transcribiendo.

32. La disposición se refiere además a otros supuestos: insuficiencia de sus facultades, alteraciones morbosas de las mismas o estado de inconciencia.

Finalmente, el Código Penal de la Nación sitúa la problemática del error invencible en el mismo contexto que la problemática de la inexigibilidad – es decir, junto a la fuerza irresistible, la actuación bajo amenazas y la obediencia debida –, y por lo tanto hace plausible la aplicación de los parámetros normativos desarrollados para enjuiciar dicha inexigibilidad a la determinación de la imputabilidad o inimputabilidad del error.

Un aspecto menos claro es la gradualidad en la aplicación de estas soluciones, es decir, si en los casos en que no procede la exención de responsabilidad es posible considerar una atenuación y, de ser así, en qué términos ello sería procedente. No obstante, utilizando la "ley de determinación del valor límite" (sin el elemento psicologista) de Mezger,[33] que por lo demás el art. 35 del Código Penal de la Nación recoge expresamente, la respuesta a esta cuestión no debiera ofrecer mayores dificultades.

Dicho de otro modo: lo que en Chile es preciso construir con esfuerzo sobre la base de una interpretación sistemática del art. 110 CT, parece posible en la Argentina sin mayores dificultades, gracias a la regulación general del error en el Código Penal de la Nación.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- El bien jurídico en los delitos tributarios y el nuevo delito tributario de facturas falsas, de Daniel Yacolca Estares – *RTA* 6/19-46 (DTR\2012\451322);
- Penas e medidas de segurança adequadas aos delitos tributários, de Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha – *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 8/25-36 (DTR\2012\1925); e
- Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade nas infrações administrativas, de Eduardo Sens dos Santos – *RDCI* 51/229-260 e *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 11/1141-1176 (DTR\2005\268).

33. Lehrbuch, 3ª ed. 1949, p. 273.

Crítica à "Teoria do Ato Indeterminado": dinheiro e poder na microdinâmica da corrupção-suborno

Critique of the "Undetermined Act Theory": Money and power in the microdynamics of bribery

Fernando Teixeira

Pós-Graduando em Direito Empresarial (FGV-DF). Economista (Unicamp). Jornalista econômico.
ORCID: 0000-0003-1907-1442
Lattes: http://lattes.cnpq.br/1234175573985336
fernandotxr@hotmail.com

Recebido em: 28.08.2019
Aprovado em: 12.02.2020
Última versão do autor: 10.03.2020

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do Direito

Resumo: Segundo a "Teoria do Ato Indeterminado", introduzida na jurisprudência brasileira a partir de 2012, a corrupção-suborno é, essencialmente, uma conduta unilateral cujo núcleo é a apropriação de recursos por funcionário público. Este artigo desenvolverá um modelo microeconômico apto a responder à questão: a Teoria do Ato Indeterminado descreve apropriadamente a realidade processual? Na primeira etapa haverá a sistematização das formas da corrupção-suborno própria e imprópria nos ordenamentos jurídicos nacional e estrangeiro. Na segunda, os conceitos abstratos serão representados graficamente, incluindo um "gráfico direcional", no qual são registradas as relações de causa e efeito em uma rede corruptiva. Na terceira fase haverá uma descrição histórica e conceitual da "Teoria" e, uma vez definido o objeto de pesquisa, haverá a representação gráfica de casos concretos nos quais ela foi aplicada: o Mensalão e a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em

Abstract: According to the *"Undetermined Act Theory"*, introduced in Brazilian jurisprudence in 2012, bribery is essentially a punctual conduct whose core is the appropriation of resources by a public official. This paper will develop an microeconomics model to answer the question: Does the *Undetermined Act Theory* describe the procedural reality properly? The article will have a description of proper and improper bribery forms in Brazilian and foreign legal systems, then the abstract concepts will be represented graphically as a "directed graph", representing cause and effect relations in a corruptive web. Then we will have an historical and conceptual description of the "Theory" and, once the research object has been defined, there will be a graphic representation of two concrete cases in which the theory was applied: Mensalão and the condemnation of former president Luís Inácio Lula da Silva in 2017. A test of similarity between the graphical representations of the abstract penal forms

2017. Na quarta etapa, um teste de similitude entre as representações gráficas dos tipos penais abstratos e aqueles das narrativas processuais em concreto permitirá avaliar hipóteses, eos resultados serão analisados tendo em vista contextos concretos do processo. Por fim, na quinta e última fase, haverá considerações sobre pressupostos teóricos adotados pela Teoria e sobre a extensão e causalidade do fenômeno.

Palavras-chave: Corrupção – Suborno – Ato de ofício – Atos de ofício indeterminados – Mensalão – Lava Jato – Direito e Economia – Microeconomia – Redes.

and concrete behaviors will allow to evaluate hypotheses andthe results will be analyzed considering concrete contexts of the process. Finally, there will be considerations about theoretical assumptions adopted by the Theory and about its extension and causality.

Keywords: Corruption – Bribery – Lava Jato – Mensalão – Official acts – Law and Economics.

Sumário: 1. Introdução. 2. Formas próprias e impróprias da corrupção-suborno. 3. Fluxograma cíclico. 3.1. Gráfico direcional. 4. Evolução jurisprudencial. 4.1. Collor. 4.2. Mensalão. 4.2.a. Destinação eleitoral, aumento da pena e crime formal. 4.3. Desdobramentos. 4.4. Lula/Triplex. 4.5. Síntese. 5. Gráfico direcional: O Mensalão. 6. Gráfico direcional: Triplex. 7. "Vértice do esquema criminoso" e Ciência de Redes. 8. Atos políticos, vantagens políticas e responsabilização penal. 9. Extensão e causalidade da teoria do ato indeterminado. 9.1. Caso "Professora Dorinha". 9.2. Estruturas de recepção: opinião pública e sistema penal. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

Para elaborar este trabalho, precisaremos, em primeiro lugar, estabelecer uma representação quantitativa mínima de alguns conceitos do Direito Penal, especialmente o conceito de "tipo". O tipo penal é em essência um indexador para a fixação de penas inserido em um sistema (o Direito Penal) voltado a cumprir duas tarefas: atribuir culpas e calcular penalidades. O subsistema de atribuição de culpas é definido pelo direito processual, pelo qual se estabelecem métodos e princípios com o fim de estabelecer uma conduta e associá-la a um autor de forma precisa e imparcial. O cálculo de responsabilidades é orientado por indexadores atribuídos pelo legislador, os tipos penais, nos quais se relacionam condutas abstratas (espécies criminais) a referenciais punitivos (penas). Frente aos indexadores abstratos, cabe aos operadores do direito levarem em conta os contextos concretos de uma conduta criminosa para a gerar uma punição adequada.

Algumas das variantes do indexador penal são agravantes (tipo penal qualificado); outras, atenuantes (tipo penal privilegiado). Portanto, a pena do réu é uma função de três elementos: a conduta indexada (Ci), as variantes da conduta indexada (Cv) e os contextos concretos (Cc):

$$P = f(Ci, Cv, Cc).$$

Os elementos constituintes de uma conduta classificada como tipo penal constituem as "propriedades" de um crime, as quais podem envolver atributos relativos a características do autor da conduta, à motivação, à causalidade, ao meio ou instrumento e ao dano resultante do crime. Para efeito de quantificação dos tipos penais, consideraremos que uma conduta básica é acrescida de "propriedades" que agravam sua penalização e "impropriedades" que a atenuam ou descaracterizam. Essas propriedades e impropriedades podem ou não estar previstas na legislação como formas qualificadas ou privilegiadas de um crime.

A definição do objeto de estudo deste trabalho implicará estudar as variantes da corrupção-suborno existentes na legislação nacional e estrangeira a fim de identificar um consenso quanto ao núcleo essencial da conduta (conduta própria) e formas variantes (condutas impróprias). O gênero penal "corrupção" abrange várias modalidades de condutas de natureza unilateral ou bilateral que têm em comum a prática do abuso de poder, normalmente envolvendo a apropriação indevida de recursos estatais: prevaricação, peculato, tráfico de influência, suborno etc. A corrupção assume a forma específica "suborno" quando constatada uma relação de compra e venda entre um funcionário público e um corruptor tendo por objeto uma atividade estatal.

É possível localizar, na doutrina e na legislação, pelo menos 11 variações ou formas "impróprias" da corrupção-suborno, caracterizadas pela falta de alguma fase ao ciclo contratual de compra e venda ou pela descaracterização de algum de seus elementos constitutivos:

- Ausência de vínculo causal direto (contratual) entre vantagem e ato.
- Comércio de ato estatal lícito, atinente ao interesse público.
- O pagamento ou ato estatal não são efetivados.
- O pagamento é efetivado após o ato estatal.
- O ato é destituído de formalidade e eficácia.
- O ato estatal é resposta a um pedido ou favor.
- Há um pagamento de pequeno valor.
- Há grande desproporção entre o valor da vantagem e do ato estatal.
- O vendedor não é funcionário público (tráfico de influência, estelionato).
- Ato estatal fora do escopo de atuação do funcionário (crime impossível).
- Relação de troca em contexto político-eleitoral (doação, lobby, acordo político).

Todas essas características constituem impropriedades que, de maneira isolada ou combinada, de algum modo alteram a forma "própria" da corrupção-suborno e podem levar a diferentes formas de responsabilização penal e administrativa ou descaracterizar a ocorrência de crime. Este artigo vai, em primeiro lugar, explorar o modo como algumas legislações penais (Estados Unidos, Grã-Bretanha, Itália, Espanha e Brasil) fixaram modalidades próprias e impróprias de corrupção-suborno, levando em conta no Brasil também as previsões administrativas.

Depois, elaboraremos um modelo de representação gráfica da conduta em um "fluxograma cíclico" representando o relacionamento corruptivo no suborno como uma sucessão de fases ou "momentos contratuais": (1) acordo, (2) pagamento, (3) ato estatal e (4) produção de efeitos. O objetivo do fluxograma é facilitar a compreensão das modalidades próprias e impróprias da corrupção segundo alterações no ciclo corruptivo e seus elementos. Em seguida, adotaremos um modelo de diagrama microeconômico, o "gráfico direcional", elaborado com base em princípios da Ciência de Redes, como forma de representar os eventos corruptivos segundo diferentes formas de interação entre atores (corruptor, funcionário público e cidadão) e segundo diferentes efeitos da prática corruptiva. Os dois modelos de representação gráfica se prestarão a delinear o objeto de pesquisa de forma a compreender adequadamente a Teoria do Ato Indeterminado e suas implicações.

A Teoria surgiu no início da última década, no julgamento do "Mensalão" (2012), e culminou na consolidação de uma jurisprudência segundo a qual é indiferente à corrupção-suborno a descrição do resultado da prática criminosa (ato estatal) ou o conteúdo do acordo criminoso (acordo corruptivo). Na Teoria do Ato Indeterminado o crime de suborno é visto como um evento essencialmente unilateral, pontual e não contratual, cujo elemento central é o recebimento de vantagens indevidas por funcionário público.

O ferramental gráfico aqui desenvolvido terá por finalidade responder à questão: a Teoria do Ato Indeterminado descreve adequadamente a realidade processual? As respostas devem se adequar a uma das três hipóteses: H_0= A Teoria do Ato Indeterminado descreve com precisão a realidade processual; H_1 = A Teoria descreve parcialmente a realidade processual; H_2 = A Teoria não descreve a realidade processual.

O teste de hipóteses se dará pelo uso do gráfico direcional para representar dois casos concretos em que houve a aplicação da Teoria do Ato Indeterminado: Mensalão e a condenação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva em 2017. O teste de hipóteses será operado por meio da verificação da similitude entre as estruturas vetoriais observadas nos gráficos elaborados para tipos penais abstratos

e aqueles obtidos na representação da realidade processual concreta. Verificados os resultados do teste de hipóteses por meio do método de similitude vetorial, haverá uma análise contextual político-histórica dos fatos narrados com o fim de localizar a fonte das possíveis inconsistências da Teoria.

Por fim, o trabalho irá dedicar dois tópicos a alguns supostos adotados no desenvolvimento da Teoria do Ato Indeterminado. Um deles abordará a ascendência hierárquica como critério para estabelecer relações de causalidade na prática de atos estatais por autoridades políticas de alto escalão, hipótese que será avaliada segundo pesquisas empíricas na área de Ciência de Redes aplicada à Ciência Política. O segundo tópico será a questão da vantagem política, do ato político e do acordo político como fatos corruptivos. Para isso, levaremos em conta especificidades estruturais e históricas da política brasileira, a existência de legislação específica para a penalização de ilegalidades praticadas em contexto político-eleitoral e a questão da prevalência da lei específica sobre a lei geral.

Um último item metodológico será voltado a explorar hipóteses relativas à extensão e a causalidade do objeto. Em primeiro lugar, é preciso saber se a "hermenêutica flexível" subjacente à Teoria se aplica a alguns casos em específico (no espectro político e penal) ou tem uso extensivo a outros tipos e hipóteses. Em segundo lugar, é preciso descobrir o que motiva tal prática, indicando se houve uma mutação jurídica em termos de convicção doutrinária por parte dos operadores do direito ou, pelo contrário, há a interferência de fatores extrajurídicos.

2. Formas próprias e impróprias da corrupção-suborno

A legislação estrangeira selecionada para este trabalho possui dois gêneros de distinção entre as modalidades próprias e impróprias de corrupção-suborno. No direito anglo-americano há foco na motivação dos sujeitos, ou seja, no conteúdo do acordo corruptivo e vinculação entre pagamento e ato: um pagamento pode ser uma "propina", se vinculado à produção de um ato estatal; ou uma "gratificação", se o pagamento não tem vinculação direta. No direito continental há fórmulas voltadas ao conteúdo do ato transacionado: pagamento resulta na produção de um ato próprio ao cargo (ato do ofício) ou ato contrário ao cargo (contrário ao ofício, em desvio de finalidade). Há, ainda, uma fórmula na qual o pagamento não faz referência a ato estatal específico, mas à condição de funcionário público: corrupção em consideração ao cargo ou pelo exercício função, modalidade próxima à gratificação.

O modelo italiano passou por duas reformas na última década, a primeira promovida pela Lei 190, de 06 de novembro 2012, a qual substituiu a

modalidade imprópria por ato do ofício pela modalidade por exercício da função, fórmula semanticamente elástica para incluir as duas formas (ato do ofício e gratificação). A segunda alteração foi promovida pela Lei "Spazzacorrotti", n. 3, de 09.01.2019, a qual aumentou a pena da modalidade de 1 a 6 anos para 3 a 8 anos.[1]

Tabela 1 – Legislação Comparada

Tipo	Previsão	Modo	Conduta	Pena
Bribery **(EUA)**	*Criminal Resource Manual* (CRM), 2041, §201, (b) (2)	Próprio	"Propina", nexo direto e causal entre vantagem e ato oficial: *quid pro quo*	Até 15 anos
Gratuity **(EUA)**	CRM, 2041, §201, (c) (2)	Impróprio	"Gratificação" ou "gorjeta"; pagamento depois do ato. "Agradecimento", "favorecimento"	Até 2 anos
Case 3 **(Grã-Bretanha)**	*Bribery Act*	Próprio	Aceita vantagem "com intenção de em consequência" realizar função ou atividade relevante	Até 12 meses (*summary*) ou 10 anos (*indictment*)
Case 4 **(Grã-Bretanha)**	*Bribery Act*	Impróprio	Vantagem financeira constitui desvio de conduta "em si mesma"	Até 12 meses (*summary*) ou 10 anos (*indictment*)
Corruzione per l'esercizio dela funzione **(Itália)**	*Códice Penale, art. 318*	Impróprio	Pagamento por exercício da função	3 a 8 anos

1. ALTALEX. "Anticorruzione", in *Gazzetta la legge "spazzacorrotti"*, 17 de janeiro de 2019.

Tipo	Previsão	Modo	Conduta	Pena
Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (Itália)	*Códice Penale, art. 319*	Próprio	Omissão ou atraso de "ato de seu ofício" ou prática de ato contrário ao dever de ofício	6 a 10 anos
Cohecho (1) (Espanha)	*Código Penal, art. 419*	Próprio	Pagamento por ato "contrário aos deveres do cargo"	3 a 6 anos
Cohecho (2) (Espanha)	*Código Penal, art. 420*	Impróprio	Pagamento por "ato próprio do cargo"	2 a 4 anos
Cohecho (3) (Espanha)	*Código Penal, art. 422*	Impróprio	Pagamento "em consideração a cargo ou função"	6 meses a 1 ano

Fontes: elaborada pelo autor, www.justice.gov; www.legislation.gov.uk; www.ambientediritto.it; www.boe.es.

Em nosso código, na forma básica do *caput*, há a modalidade de corrupção em razão da função, o que tende a incluir tanto a gratificação como a corrupção-suborno contratual por ato do ofício. A forma própria da corrupção-suborno está no parágrafo primeiro: ciclo corruptivo completo com prática de ato "infringindo dever funcional" ou omissão de ato de interesse público (do ofício). No parágrafo segundo, há uma forma imprópria na qual não há vantagem em sentido material, mas um pedido ou influência. Na legislação administrativa temos outras previsões de corrupção-suborno imprópria: a gratificação (Lei de Improbidade Administrativa e Estatuto do Servidor) e o enriquecimento ilícito de funcionário público (Lei de Improbidade).

Tabela 2 – Legislação no Brasil

Tipo / Variáveis	Previsão	Tipo	Conduta	Pena
Corrupção Passiva (1) (Brasil)	Código Penal, art. 317 (*caput*)	Impróprio	Solicitar, ou receber, ou aceitar promessa de vantagem em "razão da função"	De 2 a 12 anos de prisão
Corrupção Passiva (2) (Brasil)	Código Penal, art. 317 (§1º)	Próprio	Omissão de ato de ofício ou prática de ato infringindo dever funcional	Aumenta em 1/3

Tipo / Variáveis	Previsão	Tipo	Conduta	Pena
Corrupção Passiva (3) (Brasil)	Código Penal, art. 317 (§2º)	Impróprio	Praticar ou deixar de praticar ato atendendo a pedido ou influência	3 meses a 1 ano
Gratificação ou presente (Improbidade)	Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, art. 9º, inciso I	Impróprio	Gratificação ou presente em relação "direta ou indireta" com quem "possa ser atingido" por ação ou omissão	Cargo, danos, multa
Enriquecimento ilícito (Improbidade)	Lei de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992, artigo 9º, inciso VII	Impróprio	Pune a aquisição imotivada de bens ou rendas por funcionário	Cargo, danos, multa
Infração Administrativa	Estatuto do Servidor: Lei 8.112/1990, art. 117, XII	Impróprio	"Presente ou vantagem" tendo em vista "atribuições" do servidor"	Cargo, danos, multa

Fonte: elaborada pelo autor, www.planalto.gov.br.

3. Fluxograma cíclico

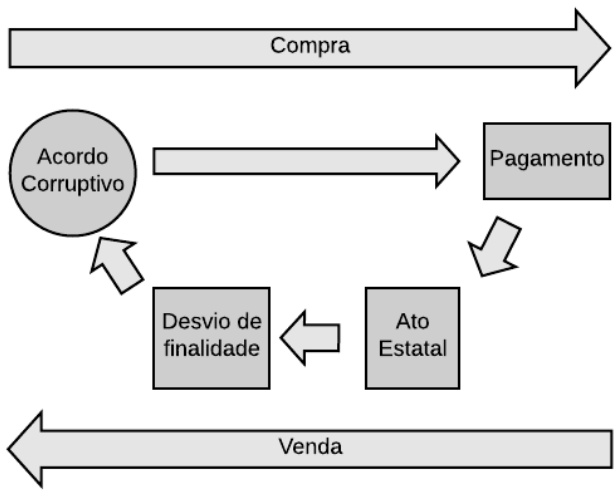
A propina é uma modalidade de gasto tendo em vista um retorno. No caso de uma corrupção-suborno praticada por pessoa física, a contrapartida é um "bem de uso", cujo resultado é um ganho em bem-estar pessoal. Na corrupção-suborno praticada por pessoa jurídica, a finalidade da propina é, a rigor, a aquisição de um "bem de capital" de natureza jurídica, uma determinação normativa que garanta retorno para o investimento na forma de aumento de receita ou redução de custos. O que temos na corrupção empresarial é um ciclo produtivo no qual recursos aplicados como investimento inicial (K) resultam em um retorno K', no qual K' = K + s, sendo "s" o sobrelucro assegurado pela prática ilícita. Para o ciclo de valorização ser completo, é preciso que o capital (K) seja aplicado em um acordo corruptivo (AC) do qual resultará um ato estatal (AE) formal e eficaz o

suficiente para produzir efeitos e resultar em um retorno comercial (K'), fechando o ciclo de valorização do capital:

$$K \rightarrow AC \rightarrow AE \rightarrow K'$$

No "fluxograma cíclico", veremos, em primeiro lugar, a representação sequencial do ciclo corruptivo próprio completo, o qual inclui a formalização do acordo corruptivo, o pagamento da propina, a efetivação de um ato estatal e a produção de efeitos de forma a preencher a exigência contratual. O ciclo deixa claro que as quatro fases (acordo, pagamento, ato e efeitos) se agrupam nas duas etapas lógicas da corrupção-suborno: compra e venda:[2]

Figura 1: Corrupção Própria

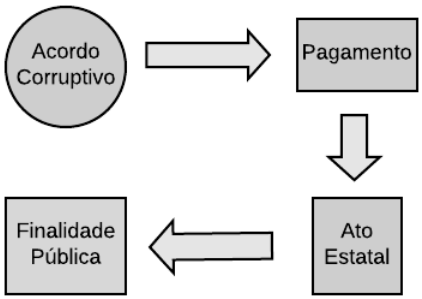


Fonte: elaborada pelo autor.

Na variedade de corrupção por "ato do ofício", o objeto do acordo é um ato lícito no escopo das atribuições do funcionário público. Nesse tipo penal há uma estrutura contratual de compra e venda com um objeto impróprio, o qual não distorce a atuação finalística do Estado e, de outra forma, seria lícito. Na presença de favorecimento indevido ao funcionário, mas ausência de dano observável ao administrado, há menor penalização:

2. As duas etapas da corrupção são chamadas, pela doutrina italiana, de "principal e subsidiária": "Il delito de corruzione si configura come reato a duplice schema: principale e sussidiario" (ALIBRANDI, 2005, p. 768).

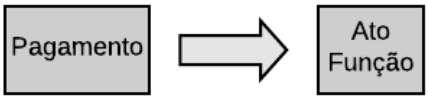
Figura 2: Corrupção Imprópria "por ato do ofício"



Fonte: elaborada pelo autor.

Na gratificação, há uma relação indefinida de favorecimento ao funcionário público sem referência clara quanto a um acordo corruptivo ou ato estatal. A penalização se dá pela mera conduta dos envolvidos ao associar, ainda que de modo vago, uma vantagem a alguma atividade estatal, o que produz um risco de apropriação econômica do poder público. A corrupção por exercício da função ou tráfico da função segue a mesma lógica:[3]

Figura 3: Gratificação ou "tráfico da função"



Fonte: elaborada pelo autor.

As duas modalidades impróprias de corrupção "por ato do ofício" e "gratificação ou por exercício da função" referem-se, em essência, a condutas muito parecidas: seu objeto tende a ser um ato estatal a princípio lícito, o que é um bem público, logo, uma externalidade de uso comum sem valor mercantil intrínseco. No caso em que a vantagem paga a um funcionário tem por finalidade a prática de um ato já no escopo de sua função, o pagamento ilícito não é necessariamente condição para sua ocorrência, logo, há menor força

3. Nos EUA, a penalização da gratificação existe desde os anos 1960. O entendimento é de que "presentes" aparentemente desinteressados representam risco de distorção no funcionamento da administração pública: "[...] permitting gifts to public officials allows officials to use their public office for private gain. Gratuities raise the risk of preferential treatment for donors and undermine equality of access to government services". (WELLING, 2013, p. 423).

vinculante na relação entre pagamento e ato, dispensando um acordo de natureza contratual explícito. As duas modalidades de corrupção tratam de vantagens que favorecem a ocorrência de um ato estatal, mas não necessariamente o determinam.

Esse gênero de impropriedade trata de modalidades de corrupção na fronteira de condutas lícitas, como presentes e favores. As modalidades gratificação ou corrupção por exercício da função tendem a indicar vantagens de menor valor e retribuições posteriores ao ato estatal.

3.1. Gráfico direcional

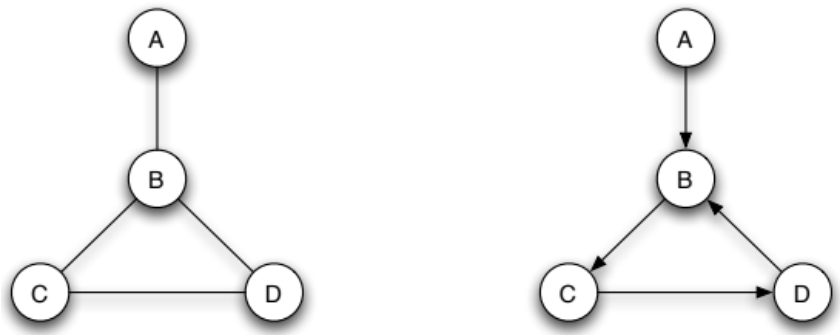
No artigo "Corrupción Política y Derecho" (GISBERT, 2002), a corrupção-suborno é representada como um sistema do tipo "principal-agente", modelo microeconômico de intepretação de relações contratuais nas quais há interações sociais contaminadas por caráter informacional assimétrico (imperfeito) e conflitos de interesse. Segundo o modelo, em uma relação contratual típica há, de um lado, um *principal*, um sujeito que delega bens, direitos e deveres a um outro, que atuará resguardando seus interesses, chamado *agente*. O agente assume compromissos com o principal, mas não necessariamente pretende cumpri-los: contratos envolvem interesses divergentes quanto à maximização de bem-estar.

No caso da corrupção política, o cidadão ou eleitor (E), equivale a um "principal" que delega seus interesses a um funcionário público (F), um "agente". Como há pouca informação do administrado/eleitor sobre as atividades do administrador/político, essa relação de confiança tende a ser distorcida. Nesse cenário, pode ocorrer a interferência de um terceiro, o corruptor (C), que oferece vantagens ao funcionário público com a finalidade de adquirir atos estatais em seu benefício, traindo o compromisso entre funcionário e o administrado/eleitor, provocando um "desvio de finalidade".

EASLEY e KLEINBERG (Redes, Multidões e Mercados, 2010) propõem um modelo microeconômico, no qual as interações sociais são exibidas na forma de um "gráfico direcional". Nele, os indivíduos são representados na forma de pontos (*nodes*) e as interações bilaterais entre eles como linhas ou setas (*edges*) denotando, respectivamente, fluxos bidirecionais ou unidirecionais de recursos. O modelo pressupõe que interações sociais espontâneas, como os contratos, têm sempre por objetivo produzir um aumento de bem-estar para ambas as partes. É observada a ocorrência de uma assimetria de poder quando o montante de bem-estar produzido pela interação favorece mais uma parte do que a outra. Em sua

formulação microeconômica, o modelo de gráfico direcional se presta a tarefas relativas à formação de preços em contextos relacionais heterogêneos.[4]

Figura 4: Gráfico direcional de Easley e Kleinberg



(a) A graph on 4 nodes. *(b) A direcetd graph on 4 nodes.*

Figure 2.1: Two graphs: (a) an undirected graph, and (b) a directed graph.

Fonte: EASLEY e KLEINBERG, 2010.[5]

No diagrama ou gráfico direcional proposto neste artigo as relações entre cidadãos, políticos e corruptores produzirão como resultado um ato estatal, e este será graficamente representado como um retângulo, enquanto os indivíduos ou "nódulos" dessa "teia" de interações econômico-sociais serão representados por círculos. As setas ou linhas serão vetores indicando movimentações de fluxos de poder e dinheiro intercambiados entre os personagens na produção de atos estatais. A grandeza dos vetores é dada pelo volume de recursos em termos de poder e dinheiro (p, d) movimentado entre o principal (P) e o agente (A); a direção e o sentido do vetor serão dados em função das preferências e escolhas do principal (Π) e do agente (α) segundo seus compromissos pessoais, contratuais ou funcionais:

$$\overrightarrow{PA} = f(p, d; \Pi, \alpha)$$

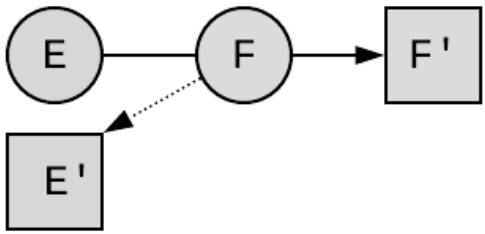
4. "Graphs appear in many domains, whenever it is useful to represent how things are either physically or logically linked to one another in a network structure." (EASLEY e KLEINBERG, 2010, p. 24).

5. Em EASLEY e KLEINBERG os gráficos de redes adotam o modelo não-direcional (à esquerda) em situações em que a direção da interação entre os sujeitos não é relevante, e direcional quando o sentido da interação é relevante (p. 23).

Um fluxo unilateral entre objetos ou sujeitos será representado por um vetor unidirecional (→), enquanto uma relação do tipo contratual entre partes será bidirecional, representada por uma linha. O "desvio de finalidade" ou "abuso de poder" é observado quando há um ângulo excessivamente aberto entre a linha que distribui direitos e deveres entre dois sujeitos e o vetor que promove atos derivados dessa relação.

Em formas autônomas de corrupção, como a corrupção-peculato e a prevaricação (em oposição às formas bilaterais, como o suborno e o tráfico de influência), o funcionário público se apropria autonomamente do cargo para manipular recursos estatais em seu favor (bens ou direitos), cometendo um "desvio" com relação aos compromissos assumidos com o eleitor/administrado. Na figura abaixo, o principal é o eleitor ou administrado (E), que tem seus interesses representados por um agente, o funcionário público (F), sendo E' e F' atos estatais a serem praticados em resposta aos interesses respectivos do eleitor e do funcionário público.

Figura 5: Corrupção autônoma (peculato/prevaricação)

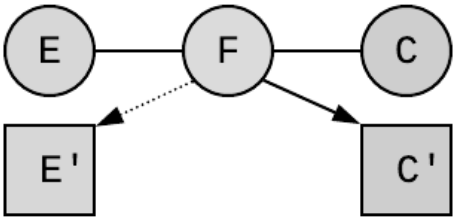


Fonte: elaborada pelo autor.

Temos uma relação na qual o eleitor espera o atendimento de uma finalidade E' de seu interesse (interesse público), mas o funcionário opta por adotar a finalidade F', que maximiza o seu próprio bem-estar, provocando um "desvio de poder". O desvio é representado pelo ângulo entre a seta tracejada (hipotética $\overrightarrow{FE}$' e o vetor $\overrightarrow{FF}$'.

Nas formas bilaterais de corrupção há a introdução de um terceiro personagem que, no caso da corrupção-suborno, é o corruptor (C), o qual estabelece uma relação principal-agente paralela àquela entre estabelecida entre o eleitor e o funcionário de forma a direcionar na prática do ato C'. Na modalidade própria é observável um desvio de poder no ângulo entre a seta tracejada $\overrightarrow{FE}$' e o vetor $\overrightarrow{FC}$':

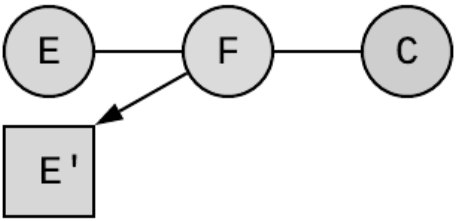
Figura 6: Corrupção bilateral própria (suborno)



Fonte: elaborada pelo autor.

Na modalidade imprópria o resultado do acordo corruptivo é um ato lícito E', não ocorrendo desvio de finalidade, o que reduz a reprovabilidade da conduta:

Figura 7: Corrupção-suborno imprópria por ato do ofício



Fonte: elaborada pelo autor.

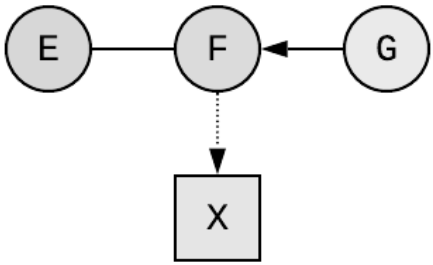
A representação gráfica da corrupção-suborno deixa claro que a identificação do gênero do ato estatal transacionado é elemento necessário para a diferenciação entre a modalidade própria por ato infringindo dever funcional e a imprópria por ato do ofício. Isso é abordado em Alibrandi (2005): "[...] é indispensável, no entanto, identificar o 'gênero' dos atos relevantes para o acordo corruptivo [...] para se verificar, no momento da investigação, se trata-se de corrupção própria ou 'imprópria'".[6]

As condutas "gratificação" ou corrupção "em razão da função" descrevem o caso no qual há um pagamento, mas não é possível identificar claramente um acordo corruptivo ou um ato estatal dado como mercadoria de troca. Logo, a relação entre funcionário e o corruptor-gratificador se resume a um vetor unilateral

6. "[...] è indispensabile comunque la individuazione del 'genus' degli atti aoggetto dell'accordo corrutivo, venedo il difetto a mancare addiriturra le premesse per poter verificare, prima di ogni indagine, se si verta in tema di corruzione própria o d'impropria" ALIBRANDI (2005, p. 770); "l'atto o il comportamento ammministrativo, oggeto dell'illecito accordo, se non individuato '*ab origine*' deve essere almeno individuabile [...] la individuazione bem può essere limitata al genere di atti da compiere." (ALIBRANDI, 2005, p 768).

de pagamento, do qual não é possível extrair uma relação contratual de contrapartida ou a prática vinculada de um ato estatal (X):

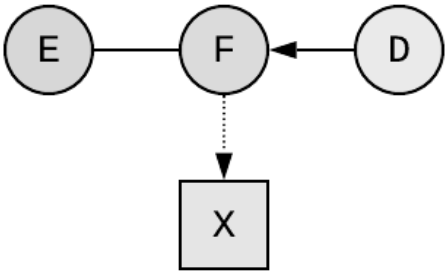
Figura 8: Suborno impróprio: gratificação ou "corrupção da função"



Fonte: elaborada pelo autor.

Se substituirmos o "G" de gratificação da figura acima por "D" de doador, chegamos à doação eleitoral. O modelo evidencia que a doação eleitoral é, a rigor, uma modalidade legalizada de corrução imprópria do tipo gratificação ou corrupção da função. Na doação eleitoral lícita há o pagamento de uma vantagem tendo em vista o exercício de um cargo público em sentido genérico, não se estabelecendo uma relação contratual visível entre doador e agente político referente a um objeto específico, o que configuraria corrupção própria do tipo "tráfico de ato estatal", em oposição à modalidade imprópria "tráfico da função". A doação eleitoral visa apoio político em sentido genérico:[7]

Figura 9: Corrupção-suborno imprópria: Doação eleitoral

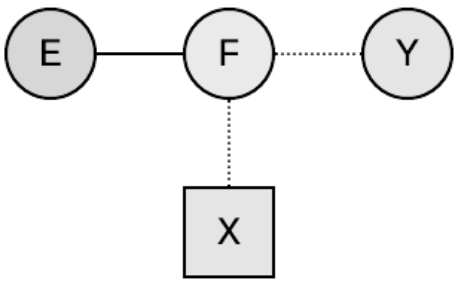


Fonte: elaborada pelo autor.

7. Em um sistema eleitoral que prevê a obtenção de recursos privados o bem de troca disponível ao político é sua atuação funcional. Isso pode ser feito de forma indireta (tráfico da função) ou direta (tráfico de atos estatais). Segundo os defensores da regulamentação do lobby, se a legislação opta por um sistema político dependente do poder econômico, essa associação deveria ser pelo menos transparente.

No enriquecimento ilícito de funcionário público, previsto na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992, artigo 9º, inciso VII), há a punição pelo acúmulo de bens e rendas sem origem comprovada. Neste caso, é impossível identificar as fontes dos recursos em um corruptor (Y) nem ato praticado de forma ilícita (X). A única materialidade da infração é o enriquecimento do funcionário público:

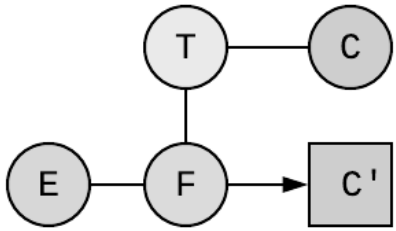
Figura 10: Enriquecimento Ilícito



Fonte: elaborada pelo autor.

Por fim, temos o tráfico de influência, modalidade de corrupção-suborno imprópria trilateral na qual um traficante (T), numa relação real ou alegada de proximidade com um funcionário público, transaciona com um agente corruptor um ato estatal C' a ser praticado pelo funcionário F:

Figura 11: Tráfico de Influência



Fonte: elaborada pelo autor.

4. Evolução jurisprudencial

Os conceitos elementares do crime de corrupção passiva foram elevados a níveis mais altos de abstração ao longo de julgamentos-chave na história recente do País. De um crime envolvendo a mercantilização de atos estatais, a corrupção passiva passou a ser entendida como o recebimento de recursos por agentes

públicos desconsiderados contextos e motivações. Dois elementos teóricos foram essenciais nesse processo: (1) a adoção da tese da corrupção enquanto "crime formal" como forma de relativizar a necessidade de descrição precisa de elementos constitutivos do tipo, como acordo corruptivo e ato estatal; (2) a tese de que é suficiente elencar um conjunto de atos estatais hipotéticos (indeterminados) como bem de troca para estabelecer uma operação corruptiva.

4.1. Collor

O julgamento do ex-Presidente Fernando Collor no Supremo Tribunal Federal, ocorrido dois anos após o *impeachment* do ex-Presidente, é adotado pela literatura como marco inicial para a discussão realizada pela Corte sobre o tema "ato de ofício". Em 1994, o Supremo fixou-se no entendimento de atipicidade da conduta descrita pela acusação, a apropriação pessoal de recursos de campanha, com a justificativa de "não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido".[8] Ou seja, seria necessária a ocorrência de uma relação de troca "comercial" suficientemente típica, com uma descrição mínima de seus elementos: um pagamento associado a bens de troca.

4.2. Mensalão

Na Ação Penal (AP) 470, o "Mensalão", o debate evoluiu para um maior nível de indefinição dos elementos exigidos para a configuração do tipo. O conceito de "crime formal" foi o fundamento para se argumentar que a finalidade dos pagamentos e o conteúdo do ato estatal transacionado deixam de ter importância para a definição do tipo corrupção-suborno. Os núcleos verbais "receber, solicitar ou aceitar promessa" tornaram-se suficientes para configurar o crime.

A denúncia partiu da tese de que pagamentos feitos a parlamentares do PT e outras legendas ao longo de 2003 tinham por finalidade a "compra" de votos para deliberações parlamentares, como a reforma da previdência, reforma tributária e nova Lei de Falências. Como prova disso, a denúncia indica orientações de lideranças de partidos da base do governo como PP, PL e PTB e indicadores de fidelidade das bancadas. O argumento de vinculação entre pagamentos e atos se apresenta como um fato cronológico: parte dos pagamentos ocorreu no segundo semestre daquele ano, entre os meses de agosto e outubro, em dias próximos a votações. Trata-se de um elemento de prova de conteúdo "probabilístico",

8. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Penal 307, p. 2.

tendo em vista pagamentos dispersos no tempo (alguns no primeiro semestre) e um comportamento errático de parlamentares e bancadas, com ausências e divergências. A tese probabilístico-cronológica se prestou a fundamentar o entendimento de que o conjunto dos fluxos financeiros, independentemente do contexto específico, serviam à "compra de votos".

4.2.a. Destinação eleitoral, aumento da pena e crime formal

Uma questão enfrentada pelo Plenário foi o fato de vários parlamentares terem apresentado comprovantes da destinação dos recursos a despesas eleitorais, o que configuraria os pagamentos como caixa dois eleitoral, punível pelo artigo 350 do Código Eleitoral, tendo em vista a falta de provas sobre a existência de um acordo corruptivo. O entendimento adotado pela Corte foi de que a corrupção passiva é "crime formal", portanto, indiferente à destinação dos recursos.

A corrupção passiva é entendida na doutrina como crime formal, uma vez que não é necessário haver efeitos sobre a realidade material para haver sua consumação, o que o leva a ser chamado também de "crime de consumação antecipada". Logo, se o sujeito deixar de receber a vantagem ou de praticar qualquer ação, há crime, bastando haver a comprovação de que havia uma proposta ou acordo sugerindo sua ocorrência. O julgamento adaptou o conceito de crime formal para desmontar as cadeias causais da conduta.

Em essência, as doações eleitorais lícitas são uma modalidade legalizada de "compra de apoio político" ou "tráfico da função", e só podem ser diferenciadas de formas comuns de corrupção pela descrição da motivação dos pagamentos (natureza eleitoral) ou localização de um acordo corruptivo. O entendimento de que a doação eleitoral pode ser uma forma de corrupção foi adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.650. Ao considerar inconstitucional o financiamento empresarial de campanha, o Tribunal entendeu que a prática configura "captura do processo político pelo poder econômico".[9]

Outro argumento construído com base no conceito de crime formal foi de que a natureza do ato estatal transacionado é indiferente à configuração do crime, pois sua prática serve apenas como fator de aumento da pena. Segundo esse entendimento o teor do acordo corruptivo não tem relevância e o ato estatal nele transacionado passa a existir como potencialidade abstrata, uma vez que a corrupção se configura como um "tráfico da coisa pública":

9. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, p. 3.

> "É necessário, porém, que exista [o ato] em potência, como futuro resultado prático pretendido, em comum, pelos sujeitos envolvidos [...] se o ato de ofício foi praticado, pouco importa. O crime de corrupção consuma-se com o mero tráfico da coisa pública."[10]

4.3. Desdobramentos

A tese do "crime formal", formulada no julgamento do Mensalão, teve influência na jurisprudência posterior e possibilitou a cristalização da leitura que postula a consumação do tipo a partir da ocorrência do núcleo verbal "solicitar, receber ou aceitar promessa" de vantagem, ao mesmo tempo em que relativiza a discussão sobre a natureza do ato estatal e a existência de acordo corruptivo. Em maio de 2016, o STJ publicou uma edição do periódico Jurisprudência em Teses dedicado a crimes contra a administração pública com forte presença do conceito de crime formal na fundamentação dos precedentes. A jurisprudência ali firmada ajudou a pavimentar o caminho em direção à tese de indeterminação do ato estatal. Na sentença condenatória do caso "Triplex" é citado o seguinte trecho do Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) 48.400, de 2015:

> "O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização."[11]

A conduta concreta apreciada no RHC 48400 refere-se a um magistrado que recebeu vantagens (reformas em seu imóvel) de um escritório de advocacia patrocinador de processos sob sua jurisdição, e nos quais o magistrado não se declarou suspeito. Ou seja, os atos eram individualizáveis e, no caso, a tese de crime formal prestou-se apenas a dispensar a análise de material probatório.

4.4. Lula/Triplex

O conceito de "ato de ofício" ganha mais um grau de abstração no primeiro precedente impondo a condenação ao ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva:

10. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470, p. 35.
11. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 48400, ementa (p. 1).

com a sentença proferida em julho de 2017 foi introduzido o conceito de "ato de ofício indeterminado" a fim de fundamentar a ocorrência de crime de corrupção passiva. A evolução consistiu em substituir o conjunto fechado de atos estatais hipotéticos apontado no caso do Mensalão (votações parlamentares específicas) por um conjunto aberto de atos pertencentes às atribuições funcionais do acusado: "Basta para a configuração que os pagamentos sejam realizados em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades aparecerem".[12]

A denúncia apresentada pela acusação sustentava, inicialmente, que os atos estatais praticados pelo Presidente foram sua interferência na nomeação de três diretores da Petrobras, ocorridas em janeiro de 2003, poucos dias após o início do novo governo: Paulo Roberto Costa, Renato Duque e Nestor Cerveró. A nomeação formal de cargos da Estatal pelo Presidente da República restringe-se ao presidente da empresa, logo, a atuação do acusado na escolha e manutenção de diretores teria ocorrido de forma indireta, por omissão ou influência. A acusação sustenta a prática de um ato indefinido em tese (comissivo ou omissivo) tendo em vista unicamente a posição hierárquica do sujeito.

A narrativa apresentada pela acusação relacionou um conjunto de atos praticados formalmente por terceiros nos primeiros dias do mandato presidencial, em 2003, a benefícios pessoais pagos ao então ex-Presidente, em meados de 2014, na forma de reformas em um apartamento. Ou seja, a retribuição ocorreu mais de uma década depois, três anos após o fim do segundo mandato. A estratégia condenatória foi acrescentar mais pontos à linha do tempo com o fim de conectar uma rede de fatos dispersos.

O argumento geral da tese acusatória é de que assim como o presidente praticou atos ilícitos indeterminados, as vantagens pessoais ao ex-Presidente também foram indeterminadas. Segundo a narrativa global da Procuradoria, as vantagens incluem as reformas no apartamento e uma série de outros bens e serviços, como a reforma do "sítio de Atibaia", doações ao Instituto Lula, despesas para armazenamento de bens pessoais e remuneração por serviços prestados por meio da empresa LILS. As "vantagens" ocorreram nos últimos dias de 2010 (reforma de Atibaia) e a partir de 2011.

Na sentença condenatória a tese do conjunto aberto de atos e vantagens foi condensada no termo "indeterminado" e em uma fórmula causal circular que

12. BRASIL, Justiça Federal, 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal 5046512-94. 2016.4.04.7000/PR, sentença, parágrafo 865.

atribui ao presidente a prática intencional de atos ilícitos pelo próprio fato de ter obtido vantagens pessoais posteriores:

> "Mesmo na perspectiva do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, a indicação por ele dos diretores da Petrobras que se envolveram nos crimes de corrupção, como Paulo Roberto Costa e Renato de Souza Duque, e a sua manutenção no cargo, mesmo ciente de seu envolvimento na arrecadação de propinas, o que é conclusão natural por ser também um dos beneficiários dos acertos de corrupção, representa prática de atos de ofício em infração da lei."[13]

A decisão do caso Triplex cita textualmente trechos de dois precedentes para fundamentar a tese do ato indeterminado: o RHC 48.400 do STJ, já mencionado, e o julgado "US *vs.* Terry" (2013), da Sexta Corte de Apelações dos EUA. Nesse caso, a tese do "ato indeterminado" foi originada de gravações telefônicas realizadas por agentes federais; nelas, foi revelado um acordo corruptivo entre as partes no qual foram comercializados antecipadamente atos jurisdicionais a serem especificados em momento pós-contratual.[14]

A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre o tema tem adotado entendimentos mais restritivos do que vem a ser um ato de ofício e a relação necessária entre vantagens e atos para a configuração dos crimes de suborno e gratificação. No caso *US vs. Sun-Diamont Growers of California* (1999), ficou entendido que, mesmo no crime de gratificação, é necessário haver uma relação causal mínima entre vantagens e atos oficiais; em *McDonnell vs. US* (2016) a Suprema Corte entende que condutas sem suficiente eficácia ou formalidade, como a promoção de reuniões e eventos e recomendações informais a subordinados, não são suficientes para caracterizar um "ato oficial" para fim de enquadramento no crime de suborno.[15]

4.5. Síntese

É possível ver uma evolução nos precedentes apontados em termos do nível de abstração dos conceitos adotados. Em um primeiro momento temos a

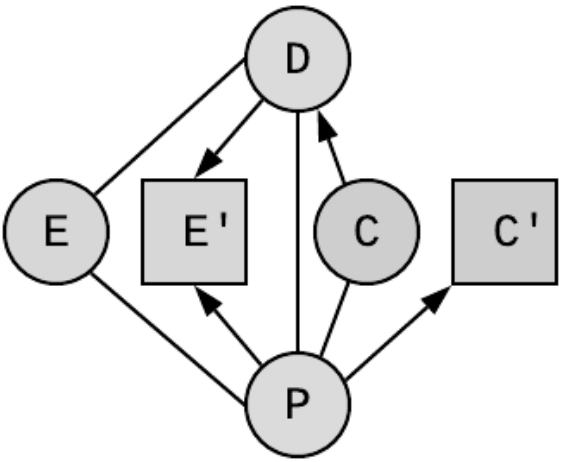
13. BRASIL, Justiça Federal, 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, sentença, parágrafo 890.
14. ESTADOS UNIDOS, Court of Appeals, Fourth Circuit, 14/02/2013.
15. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, "US vs Sun-Diamond Growers of California", 27/04/1999; "McDonnell *vs.* US", 27.06.2016.

corrupção como metáfora da operação de compra e venda simples, implicando uma definição contratual mínima dos bens transacionados. No segundo momento, temos a indicação de um conjunto fechado de atos em tese na área de atuação dos agentes públicos (votos dos parlamentares) em paralelo a uma tese de "crime formal" contornando o debate sobre natureza dos atos e motivações da conduta. Em um terceiro momento, chegamos à indicação de um conjunto indefinido de atos na esfera de atuação do funcionário, o "ato de ofício indeterminado". Essa evolução abstrativa é justificada pelos operadores envolvidos pela complexidade dos crimes analisados, alegadamente praticados por organizações criminosas de larga escala em contexto multicriminal.

5. Gráfico direcional: O Mensalão

Para a construção de um gráfico direcional sobre o caso Mensalão, será levada em conta a narrativa processual básica utilizada no julgamento da AP 470, segundo a qual empresários teriam repassado dinheiro a parlamentares de partidos da base do governo em troca de votos para reformas da previdência, reforma tributária e nova lei de falências. A distribuição de recursos teria sido comandada pelo PT como forma de garantir a aprovação dos projetos, oferecendo como contrapartida aos empresários a prática de atos de caráter institucional aptos a garantir retorno ao investimento. A tese acusatória combina todos os elementos em uma rede unificada, representada adiante:

Figura 12: Gráfico direcional: Mensalão (Rede Unificada)



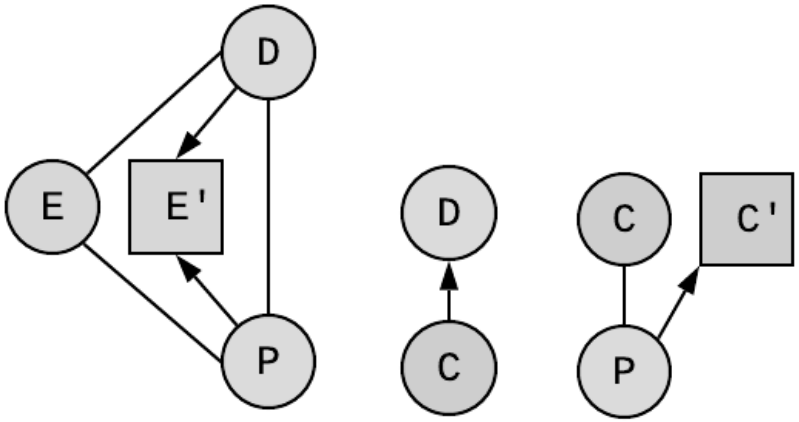
Fonte: elaborada pelo autor.

No gráfico, temos, em primeiro lugar (da esquerda para a direita), a relação estabelecida por meio do voto entre o eleitor e seu deputado (E-D) e entre o eleitor e o partido (E-P). Essas relações estabelecem direitos e deveres mútuos: o eleitor escolhe um candidato e um partido (ou só o partido, caso do voto de legenda), os quais, por sua vez, devem promover políticas de interesse público. No caso descrito na denúncia do Mensalão, partidos e deputados governistas promoveram reformas econômicas em linha com compromissos pró-mercado assumidos durante a campanha eleitoral ("Carta aos Brasileiros", de 2002), ausentes indícios de ofensa grave a princípios de proporcionalidade e razoabilidade aptos a caracterizar desvio de finalidade. Os vetores de aprovação das reformas indicam atuação de partidos e parlamentares na promoção do interesse público (E').

O nosso sistema eleitoral atribui a partidos e bancadas uma relação de dependência mútua: aos partidos cabe a organização política e a captação e distribuição de recursos financeiros para fins eleitorais; aos parlamentares, o compromisso de atender a interesses partidários conforme estabelecido em estatuto. O que tivemos no caso do Mensalão foi a introdução de um intermediário ilícito na relação entre partido e deputados. No conjunto vetorial partido / deputado temos um módulo relacional no qual um terceiro elemento (C) atua em nome do aparato partidário na distribuição de recursos. Sua relação com as bancadas parlamentares é unilateral: há apenas a entrega de recursos. O arranjo existente na forma de "pacto de corrupção" é visível apenas na relação entre empresários e membros da cúpula partidária responsáveis pela contratação dos recursos. Estes, presumivelmente, como retribuição pelos recursos financeiros obtidos, promoveriam atos de caráter público ou institucional tendo em vista garantir retorno ao investimento empresarial.

O que temos é a combinação de três condutas com naturezas e causalidades distintas, representadas no gráfico abaixo na forma de módulos. No Módulo I, há a relação entre eleitores, parlamentares e partidos na produção de atos legislativos numa lógica político-eleitoral. No Módulo II, há a relação ilícita entre parlamentares e um intermediário incumbido da distribuição de recursos partidários (caixa dois eleitoral). Por fim, no Módulo III, temos líderes partidários obtendo recursos eleitorais de forma ilícita, oferecendo em troca a prática de atos institucionais de interesse empresarial (corrupção-suborno):

Figura 13: Gráfico Direcional: Mensalão (Módulos)



Fonte: elaborada pelo autor.

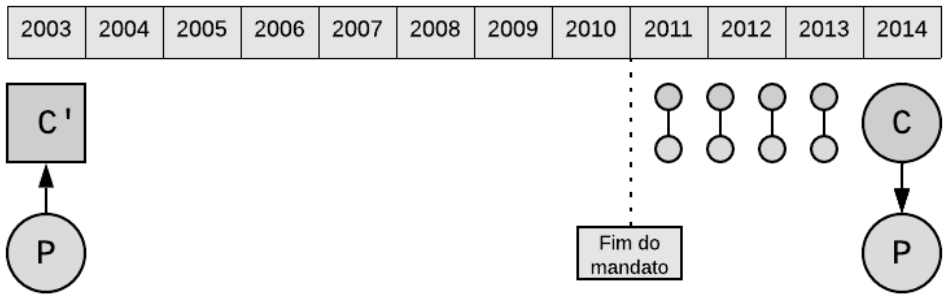
A distribuição de recursos partidários em troca de "apoio político" é a descrição do funcionamento regular de nosso sistema político, incorrendo em crime quem omite informações às autoridades eleitorais. O que era de conhecimento público naquele momento, em 2002, é que havia um acordo interpartidário entre PT e sua base de apoio prevendo a troca de recursos de campanha por apoio político.[16] Nenhuma evidência obtida pela denúncia demonstrou haver um "contrato" vinculante com objeto específico entre partidos e parlamentares. Como forma corruptiva imprópria, o tipo especial adequado à conduta envolvendo o recebimento de recursos por parlamentares em contexto eleitoral é a omissão eleitoral (caixa dois).

6. Gráfico direcional: Triplex

O fluxograma da tese acusatória resultante na condenação do ex-Presidente apresenta relações causais que se estendem no tempo: o alegado ato estatal comercializado antecede o pagamento da vantagem ao funcionário público em mais de uma década. O gráfico registra as nomeações de diretores da Petrobras realizadas pela coalizão governamental nos primeiros dias de 2003 ($\overrightarrow{PC}$'), o "Triplex" ($\overrightarrow{CP}$) e outras "propinas" indicadas na tese acusatória, como reforma no sítio de Atibaia, doações e retribuição por prestação de serviços, representadas no gráfico por pequenos círculos conectados por linhas:

16. OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA, Receita de uma notícia requentada, 16.08.2005.

Figura 14: Gráfico Direcional: "Triplex"



Fonte: elaborada pelo autor.

O gráfico revela que a forma corrupção-suborno da tese acusatória acumula pelo menos três impropriedades. A primeira é a forma "corrupção antecedente", na qual os atos estatais antecedem a vantagem; no caso, em quase uma década. A segunda é a falta de correlação entre atos estatais praticados durante o mandato e vantagens concedidas posteriormente (paralelismo vetorial: ausência de causalidade.). A terceira impropriedade é a oposição entre o contexto político-partidário em que foram praticados os atos estatais e o contexto institucional-privado em que foram obtidas as vantagens. Durante o mandato as motivações e personagens referem-se a negociações políticas visando à governabilidade e à viabilidade eleitoral envolvendo membros partidários e aliados; já após o mandato as relações envolvem empresas de vários setores, incluindo construção civil, em atuação do tipo comercial (eventos corporativos) e institucional (doações).

Uma quarta impropriedade é a diferença de escala entre vantagens e atos estatais: as empresas denunciadas obtiveram, no período de 2003 a 2010, uma receita da ordem das centenas de bilhões de reais, o que torna a contrapartida paga ao ex-Presidente relativamente insignificante. Numa estimativa aproximada, representariam uma fração de centésimo de milésimo (10^{-5}, ou 0,00001) das receitas das empreiteiras em contratos estatais.[17] A necessidade de uma proporção mínima (sinalagmática) entre vantagem e ato estatal para fim de configuração da corrupção-suborno imprópria é ressaltada em Alibrandi (2005) e Zuccalà (2009).[18]

17. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, Base de Dados, Indicadores Econômicos Gerais.

18. "Nella strutura del delitto di corruzione dato che fra l'illecito compense el'atto amministrativo 'venduto' deve intercorrere um rapporto di sinallamaticità e quindi uma

O que é expresso na realidade processual é a existência de uma ligação meramente subjetiva entre o exercício da função pública e a obtenção de bens materiais pelo mesmo indivíduo. Daí a relevância da Teoria do Ato Indeterminado: ao enunciar a corrupção-suborno como uma conduta essencialmente pontual e autônoma, de núcleo semântico "receber", é possível desconsiderar elementos motivacionais e causais das condutas.

Por um lado, o governo da época adotou o modelo tradicional da política brasileira, combinando loteamento de cargos e financiamento empresarial de campanha. A relação desse fato com bens e rendas auferidos posteriormente por uma ex-autoridade deste mesmo governo não é, contudo, automática.

Finalizado o mandato, o ex-Presidente abriu uma empresa de eventos corporativos e instituto com o próprio nome, passando a atuar profissionalmente no ramo de relações públicas e institucionais. A autoridade havia terminado o mandato como um dos líderes mais influentes do mundo (revistas *Time* e *Forbes*) e aprovação de 87% da população, posição suficiente para converter capital pessoal em financeiro por meio de prestação de serviços corporativos e patrocínio institucional. A abertura de instituto próprio e realização de eventos empresariais para tal fim é prática convencional entre ex-autoridades com prestígio público.[19]

Por fim, é preciso levar em conta que, desde 2003, o Governo Federal proferiu centenas ou milhares de atos estatais de interesse público voltados à geração de renda e emprego que favoreceram o setor da construção civil. Políticas de investimento em infraestrutura, petróleo e energia, crédito, regras de conteúdo nacional, relações internacionais, política habitacional, distribuição de renda e promoção do consumo possibilitaram um aumento no PIB da Construção Civil de 59% entre 2002 e 2014 (frente a 11% entre 1995 e 2002).[20]

---

certa proporzione". (ALIBRANDI, 2005, p. 770); "In tema di corruzione, il concetto di proporcione [...] riguarda soltano la corruzioni impropria, prevista dall'art. 319." (ZUCCALÀ, 2009, p. 1136).

19. A LILS teve uma receita média próxima a R$ 500 mil ao mês entre 2011 e 2015, resultado financeiro em linha com o ramo de negócio: ex-Presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso cobrava até R$ 150 mil por palestra; o ex-presidente norte-americano Barack Obama, US$ 400 mil (PODER360, 14.10.2017). No Instituto Lula, o resultado também mantém proximidade com a referência disponível, o iFHC: este arrecadou R$ 14,5 milhões apenas em incentivos fiscais (BRASIL, Câmara dos Deputados, CPI da Lei Rouanet). Na LILS (eventos corporativos), 1/3 dos recursos vieram das empreiteiras (CONGRESSO EM FOCO, 15.08.2015); no Instituto Lula, o peso do setor de construção era maior (entidade voltada a relações internacionais e política industrial); (EXAME, 17.02.2017).

20. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, Base de Dados, Indicadores Econômicos Gerais.

A leitura contextual mais consistente é de que pagamentos e doações direcionadas ao ex-presidente se destinavam à promoção de projetos e políticas públicas interesse do setor de construção civil em uma atuação de natureza comercial e institucional constituída posteriormente ao mandato. O fato de alguns desses pagamentos ocorrerem na forma de favores pessoais constitui, no direito privado, uma modalidade de despesa classificada como permuta ou bonificação. Doações, eventos e ações promocionais envolvendo políticos e autoridades são vistos no meio empresarial também como despesas de divulgação e relacionamento institucional, não necessariamente propina.[21] Na ausência de evidências de corrupção-suborno própria, na qual há relação de troca visível entre pagamentos e atos estatais, a hipótese mais consistente a ser considerada é que as "vantagens" descritas pela acusação não têm relação direta com atos de governo e resultam de uma relação comercial e institucional de natureza autônoma.

7. "Vértice do esquema criminoso" e Ciência de Redes

Uma tese relevante à construção da Teoria do Ato Indeterminado é a atribuição ao acusado do comando sobre uma cadeia de poder da qual decorrem diversos atos, de forma a imputar a prática de um crime como decorrência da posição hierárquica. A hipótese tem problemas se aplicada a contextos concretos, principalmente envolvendo atuação política. Desde o fim do século passado, a Ciência de Redes aplicada às interações sociais desenvolve modelos nos quais se constata haver nas relações interpessoais uma estrutura modular e descentralizada. Estudos específicos revelam a mesma estrutura em organizações de natureza política, sugerindo que o poder assume formas em nada parecidas com as pirâmides organizacionais imaginadas em organogramas administrativos.

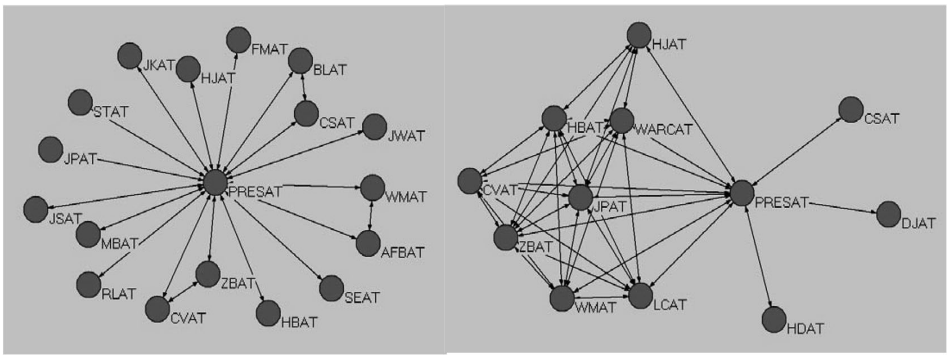
Segundo Easley e Kleinberg (2010), o poder não é uma propriedade de um indivíduo, mas um atributo de uma relação entre indivíduos, e manifesta-se entre pares de pessoas inseridas em determinados papéis dentro de grupos, comunidades e organizações. "Faz mais sentido estudar as condições nas quais uma pessoa

21. O prestígio pessoal de políticos pode ser explorado de diversas formas. Numa histórica ação publicitária, o empresário da aviação Richard Branson (Virgin Atlantic) recebeu o ex-Presidente norte-americano Barack Obama em sua casa de praia logo após o fim do mandato presidencial. Especialistas estimam que a divulgação das imagens rendeu milhões de dólares em publicidade a Branson. (THE GUARDIAN, 08.02.2017).

tem poder sobre a outra do que simplesmente assentar que uma pessoa em particular é 'poderosa'."[22]

A ocorrência de uma estrutura irregular de distribuição de poder na política é confirmada em Christopoulos (2016), em estudo no qual se revela a rede de interações entre o ex-presidente norte-americano Jimmy Carter (1977-1981) e membros de seu gabinete. No primeiro ano de gestão (no gráfico abaixo, à esquerda), há uma estrutura relacional centralizada, baseada na hierarquia formal estabelecida pelo estatuto administrativo, que coloca o presidente no centro do poder e sua equipe uniformemente distribuída de forma subordinada. No decorrer da administração (à direita), as estruturas formais se dissolvem e as interações tornam-se modulares e pulverizadas, desenhando atalhos e contornos ao poder presidencial. Não custa lembrar que o sistema político norte-americano é bipartidário e a composição do governo homogênea, revelando que a fragmentação é uma tendência inerente mesmo em estruturas políticas uniformes.

Figura 15: Relações entre presidente e gabinete no governo Carter (1977-1981)



Fonte: Christopoulos (2016).

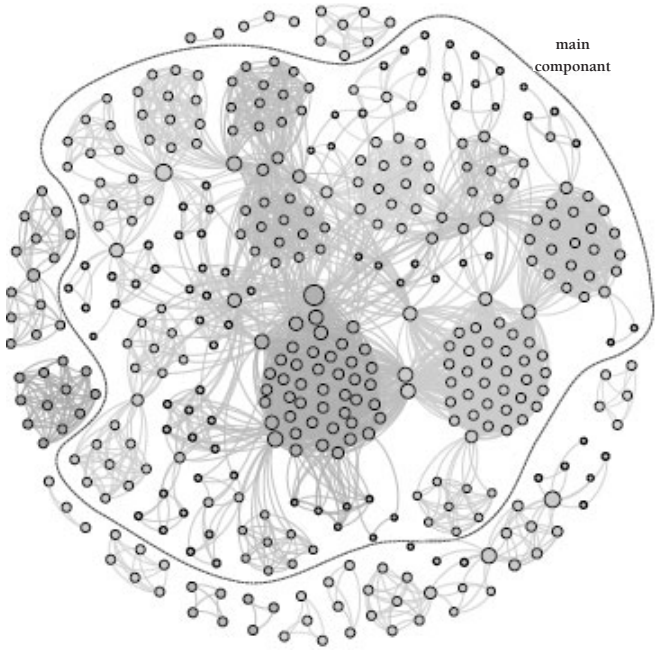
No Brasil, temos um presidencialismo de coalizão fundado na ampla distribuição de cargos estratégicos a aliados,, fazendo da descentralização uma condição básica para a governabilidade. Ainda assim, o modelo abstrato de hierarquia centralizada foi o paradigma adotado pela acusação ao formular a denúncia contra o ex-Presidente, entendimento cristalizado na expressão que o situava no

22. EASLEY e KLEINBERG (2010), p. 340: "[...] it makes more sense to study the conditions under which one person has power over another, rather than simply asserting that a particular person is 'powerful'".

"vértice do esquema criminoso".[23] Trabalhos empíricos em Ciência Política indicados revelam que não existe vértice e nem mesmo "um esquema criminoso", pois, na realidade, os personagens organizam-se em módulos.

Tal tese foi confirmada por estudo desenvolvido por um grupo de pesquisadores da área de física aplicada a redes sociais e informacionais com base em 300 reportagens publicadas na imprensa brasileira entre 1987 e 2014, citando 3,5 mil conexões entre 404 personagens envolvidos em 65 escândalos de corrupção. Uma conclusão relevante do estudo foi que os nódulos das redes (indivíduos ou agrupamentos de indivíduos), além de dispersos e irregulares, são perenes ao longo do tempo, absorvendo ou inserindo-se em grupos recém-chegados.

Figura 16: Redes de corrupção no Brasil (1987-2014)



Fonte: Ribeiro et alli.

O trabalho de Ribeiro et alli (2018) sugere um formato modular e maleável das redes corruptivas e nódulos compostos por grupos pequenos, nunca maiores do que oito pessoas:

23. BRASIL, Justiça Federal, 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, denúncia, p. 18.

> "Nossa pesquisa revela que a corrupção ocorre em pequenos grupos que raramente compreendem mais de oito pessoas, em redes com nódulos e uma estrutura modular que abrange mais de um escândalo de corrupção. Nós observamos mudanças abruptas no tamanho do maior componente conectado e no grau de distribuição, o que é resultado da coalescência (fusão) de diferentes módulos quando novos escândalos vêm à luz ou quando há mudança de governo."[24]

O Partido dos Trabalhadores (PT), apesar de ter sido o partido titular da presidência da República, possuía posição secundária de poder no Legislativo e, como foi demonstrado na investigação da Lava Jato, posição secundária no módulo político referente à Petrobras: quase 80% dos políticos investigados pela Operação pertenciam ao PP e ao PMDB, aos quais também era destinada a maior parte dos cargos de direção na Estatal.[25] Ou seja, quando o PT chegou ao poder encontrou instaladas estruturas pré-existentes, autônomas e dominantes. A imputação de ascendência hierárquica dependeria da demonstração fática de uma assimetria local de poder.

8. Atos políticos, vantagens políticas e responsabilização penal

Uma segunda tese subjacente à Teoria do Ato Indeterminado é a desconsideração de contextos ao avaliar o intercâmbio entre atos e vantagens de natureza política. Atos legislativos e executivos ocorrem essencialmente em uma lógica de intercâmbio entre favores e poder político: a relação entre políticos e doadores eleitorais é uma relação de troca entre apoio financeiro e político; a relação entre um presidente e sua base de apoio é um intercâmbio entre vantagens e capital político.

Na acusação contra o ex-Presidente o entendimento é de que atos voltados a benefícios político-partidários são crimes da mesma natureza daqueles praticados por funcionário que se enriquece às custas do Estado. A acusação faz alusão a um "presidencialismo de coalizão deturpado" e imagina um passado hipotético

24. "Our research reveals that corruption runs in small groups that rarely comprise more than eight people, in networks that have hubs and a modular structure that encompasses more than one corruption scandal. We observe abrupt changes in the size of the largest connected component and in the degree distribution, which are due to the coalescence of different modules when new scandals come to light or when governments change." (RIBEIRO et alli, p. 1).

25. VALOR ECONÔMICO, "STF divulga lista com investigados na Lava-Jato", 06.03.2015.

no qual as alianças políticas se davam por motivos puramente ideológicos, no que discorda da produção acadêmica da área.[26] A acusação também sugere a "formação de um esquema criminoso" supondo a ausência de distribuição de cargos estratégicos e financiamento privado de campanha em períodos anteriores.[27]

Depoimentos de executivos e empresários ligados ao setor de petróleo dão conta de que indicações políticas e desvio de recursos da Petrobras são práticas generalizadas pelo menos desde os anos 1970.[28] Segundo pesquisa sobre a história do setor da construção pesada no Brasil (CAMPOS, *A ditadura dos empreiteiros*, 2012), as empresas do ramo se consolidaram durante o regime militar por meio de relações íntimas com o poder, no que foram bem sucedidas na adaptação à realidade democrática:

> "A força política e econômica desses grupos atualmente é resultante da forma como se procedeu a transição no Brasil do regime ditatorial para o regime democrático representativo. Com a consolidação dos grandes grupos monopolistas e bancário-financeiros no final da ditadura e seus aparelhos privados de hegemonia, esses empresários se gabaritaram a ter influência no processo de redemocratização."[29]

A influência de empresários do ramo da construção civil (e outras áreas) emergiu durante o regime militar e se perpetuou de forma adaptada na Nova República graças a um sistema eleitoral no qual o acesso ao poder depende da mobilização de grandes máquinas de propaganda e acesso a meios de comunicação de massa.[30] O modelo de captura do poder político pelo poder econômico prospera em um sistema eleitoral-partidário desregulado e caótico: em 2018, o eleitor

26. LIMONGI, Fernando; ARGELINA, Figueiredo, *Bases institucionais do presidencialismo de coalizão*, 1998.

27. Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, 13ª Vara Federal de Curitiba, Ação Penal 5046512-94.2016.4.04.7000, denúncia, p. 11.

28. "Em seu depoimento, Costa também afirmou que, desde que ingressou na Petrobras, em 1977, todos os diretores da estatal foram escolhidos por indicação política" (GAZETA DO POVO, 09.10.2014). O empresário Ricardo Semler, no artigo "Nunca se roubou tão pouco" (FOLHA DE S. PAULO, 21.11.2014), afirma que nos anos 1970 os desvios na Estatal eram notórios no meio empresarial brasileiro e até na França comentava-se dos "dix percent" cobrados por executivos da Petrobras.

29. CAMPOS, 2012, p. 514.

30. Nas eleições de 2002, os gastos eleitorais foram de R$ 1,6 bilhão, chegando a R$ 5 bilhões em 2014. JOTA, 19.06.2018.

paulista teve de escolher entre 3,9 mil candidatos a deputado, distribuídos entre mais de 30 partidos.[31] Trata-se de uma situação ideal para o domínio do marketing profissional (hoje por meio das redes sociais) sobre o debate político, levando políticos profissionais a depender de grandes fontes de financiamento privado para disputar o poder.

O fato de parlamentares usarem recursos de origem ilícita em suas campanhas ou um governante se omitir frente a desvios de aliados e apoiadores, tendo em vista a própria sustentabilidade são fatos sujeitos a penalização, mas não necessariamente pelos dispositivos do Código Penal referentes a crimes contra a administração pública: a penalização de um crime é dependente dos contextos em que ele ocorre. Crime eleitoral, crime de responsabilidade, , decoro parlamentar, conflito de interesses e outros ilícitos podem ser invocados de forma a preservar simultaneamente a moralidade administrativa e a integridade do sistema jurídico. Os crimes contra a "administração pública" referem-se prioritariamente a atividades administrativas regidas por estatutos e processos, e sua aplicação a condutas com características impróprias, praticadas em contexto político-eleitoral (vantagens políticas e atos políticos), tende a adentrar terreno alheio. Havendo normas específicas para a penalização de determinadas condutas, recomenda-se a prevalência da lei especial sobre a lei geral.

9. Extensão e causalidade da teoria do ato indeterminado

Um último estudo de caso é útil a este trabalho para elucidar algumas considerações metodológicas necessárias a delimitar a extensão do objeto de estudo, resvalando em hipóteses causais. Quanto à extensão do objeto, temos duas questões:

1. Caráter doutrinário: estamos diante de uma alteração pontual na hegemonia dogmática no campo jurídico (catalisada pela mudança na composição das Cortes, por exemplo), ou, pelo contrário, trata-se de um fenômeno extrajurídico?

2. Caráter ideológico: temos aqui um exemplo localizado de "perseguição política" por meio do Direito Penal?

Para responder ambas as questões, adentraremos hipóteses quanto à causalidade do fenômeno, sugerindo uma interrelação entre *justiça criminal e opinião pública*.

31. REDE BRASIL ATUAL, 12.09.2018. As soluções para a alienação do eleitor passam pela redução do tamanho dos distritos eleitorais e criação de listas partidárias fechadas. Na Economia Comportamental sabe-se que o excesso de opções confunde o consumidor e o torna suscetível a manipulação.

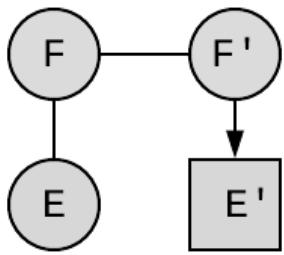
9.1. Caso "Professora Dorinha"

Na Ação Penal 946, o Supremo Tribunal Federal julgou o caso da Deputada Federal Professora Dorinha (PSDB-TO), condenada pela Primeira Turma do Tribunal em agosto de 2016 por peculato (art. 312 do Código Penal) e fraude à licitação (art. 89 da Lei 8.666/1993); a acusação foi dispensa irregular de licitação na compra de livros pelo Estado do Tocantins quando a deputada era Secretária de Educação. A condenação foi revertida pelo Plenário do STF, em agosto de 2018.

O principal entendimento para a absolvição foi de que não era possível configurar "dolo específico" na conduta descrita uma vez que a então Secretária de Educação não tinha relação com as empresas envolvidas nem teve participação direta no processo licitatório. Ademais, a Corte entendeu que o ato administrativo produzido (dispensa de licitação) era formalmente lícito, mesmo que de mérito discutível.

Representando a conduta no modelo de "gráfico direcional" vemos a então Secretária de Educação (F) em relação hierárquica com funcionários responsáveis pelo setor de licitação (F') no qual se produz um ato em conformidade com a lei(E').

Figura 17: Professora Dorinha



Fonte: elaborada pelo autor.

O voto do Ministro Gilmar Mendes para absolver a deputada no Plenário sugeriu estar-se frente a um caso grave de "erro em judicando" e oferece uma hipótese explicativa para o fenômeno condenatório:"Eu tenho a impressão de que há uma sanha *punitivista* [...] o Brasil está virando realmente um lugar surreal; todos os agentes públicos que ocupam uma função pública têm ou uma ação de improbidade ou uma ação penal."[32] Em seu voto, defende que os órgãos de fiscalização

32. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 946. Julgamento em 30.08.2018. Íntegra: vídeo. Disponível em: [www.youtube.com/user/STF/search?query=AP+946].

e controle tenham uma postura menos repressiva e mais preventiva ao avaliar atos do poder executivo, buscando um ajustamento prévio de condutas ao invés de sua criminalização generalizada *a posteriori*.

O caso sugere três conclusões: (a) a flexibilização conceitual não limita-se a um tipo penal específico: abrange várias espécies corruptivas e pode estender-se a tipos conexos, como lavagem de dinheiro e formação de quadrilha, e aspectos processuais;[33] (b) o uso de critérios hermenêuticos flexíveis em casos de corrupção não tem limitações político-partidárias (atinge agentes à esquerda e à direita); por fim (c) vemos que a causalidade do fenômeno é aparentemente extrajurídica ("punitivismo").

9.2. Estruturas de recepção: opinião pública e sistema penal

Pesquisa recente na área de Comunicação (ANTONELLI, 2017) localizou a presença do tema corrupção em 39,7% das edições dos grandes jornais brasileiros no período 1985-1990, número que passou a 64,3% em 2011-2014 (aumento de 60%); nas manchetes desses jornais a presença do tema sobe de 5,5% para 25,5% no mesmo período (aumento de 450%).[34] O sucessivos escândalos de corrupção iniciados a partir dos anos 1990, associados a uma cobertura midiática extensiva, levaram à consolidação do tema "corrupção" no imaginário popular: sua presença como "grande preocupação" para os brasileiros passou de 20% em 1990 para 62% em 2017.[35]

Com o fim de avaliar a influência da mídia/opinião pública no sistema de direito criminal, XAVIER (2015) realizou uma pesquisa empírica baseada em 42 entrevistas com juízes e procuradores brasileiros. A conclusão é clara: "[...] sim, os juízes e os promotores são influenciados pela opinião pública, pela mídia etc. Essa influência é ainda maior quando se trata de um crime midiático". [36] Segundo o

33. Hipóteses nesse sentido foram exploradas em alguns dos artigos em SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Org.). *Crônicas franciscanas do Mensalão*: comentários pontuais do julgamento da Ação Penal n. 470 pelos professores de Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP). Quartier Latin: São Paulo. 2014.

34. ANTONELLI, Diana Fernandes. *A presença e a relevância do noticiário de corrupção em 30 anos de cobertura dos jornais Folha de S. Paulo, O Globo e o Estado de São Paulo*. 2017. Dissertação. Faculdade de Comunicação. Universidade Nacional de Brasília (UnB).

35. VALOR ECONÔMICO. Corrupção é principal tema para 62% dos brasileiros, traz pesquisa, 31.12.2017.

36. XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o Sistema de Direito Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 112, p. 149-164, jan.-fev. 2015.

autor, essa é uma conclusão também óbvia; não é de se esperar que operadores do direito estejam imunes ao contágio social; conhecimento e compromisso técnicos não blindam os sujeitos da "consciência coletiva" ou do "espírito da época".

A pesquisa é focada nas formas de apropriação da opinião pública pelo discurso jurídico, identificando um mecanismo de internalização discursiva: as "estruturas de recepção". Essas estruturas são construções semântico-conceituais transitivas, recipientes de um duplo significado: um jurídico ("técnico") e outro extrajurídico (intenção punitiva). Sua função é responder à dupla pressão exercida sobre o operador do direito: por um lado, esses conceitos observam a lógica interna do sistema legal, assegurando o aspecto técnico da atuação jurisdicional; por outro, atendem ao anseio da opinião pública por penalização exemplar de casos sensíveis.

Do ponto de vista jurídico, o "clamor popular" não é um critério técnico válido para a responsabilização penal; por outro lado, o direito penal é visto com desconfiança pela sociedade: para o cidadão comum a justiça criminal é uma "caixa preta" com regras ininteligíveis e contraintuitivas. As estruturas de recepção têm por objetivo evitar prejuízos de imagem aos operadores do direito ao mesmo tempo em que preservam a integridade interna do sistema jurídico penal:

> "São construções no mundo jurídico que permitem dar conta de um estímulo externo ao sistema (opinião pública) sem que isso soe forçado, sem que cause estranheza para os demais operadores desse sistema jurídico. Sem, portanto, que numa reavaliação da decisão em outro grau de jurisdição esta decisão seja vista como 'inapropriada' ou 'mal fundamentada' e, assim, reformada ou anulada."[37]

As estruturas de recepção têm conteúdo ambíguo, vago ou abstrato, apto a acomodar significados conflitantes. Algumas das estruturas mais comuns segundo a pesquisa são: (a) a ordem pública, (b) culpabilidade ou reprovabilidade social da conduta, (c) consequências do crime e (d) credibilidade e legitimidade da Justiça. O objetivo comum a esses conceitos é assegurar a aplicação de penalidades mais severas ou garantir processos mais céleres em casos expostos ao escrutínio popular.

A Teoria do Ato Indeterminado, como vimos, tende a atrair para formas penais agravadas (art. 317 do Código Penal) modalidades corruptivas especiais (caixa dois) ou condutas criminalmente atípicas (negociações políticas, conflitos de interesse). É possível dizer que os conceitos usados pela Teoria, como "crime

37. Idem, p. 151.

formal" e "atos indeterminados", são suficientemente ambíguos para acomodar significados conflitantes. Dessa forma, cumprem os requisitos para sua classificação como "estruturas de recepção": respondem a casos de apelo público, têm conteúdo vago ou abstrato e resultam em penalização agravada.

No caso da AP 946 (Dep. Professora Dorinha) a atribuição de responsabilidade subjetiva (dolo específico) foi substituída na peça acusatória por uma descrição extensiva de atos ordinários do processo licitatório. Nesse caso, trata-se de uma estrutura argumentativa difusa, a qual também cumpre os requisitos para enquadramento como "estrutura de recepção": caso de visibilidade pública (corrupção política), conteúdo vago, penalização agravada.

10. Conclusão

O ponto central deste trabalho foi a construção de um modelo de *gráfico direcional* apto a permitir a realização de teste de hipóteses, com o fim de verificar a adequação dos resultados jurisdicionais da Teoria do Ato Indeterminado em dois casos concretos: Mensalão e condenação do ex-Presidente da República (Triplex). O método utilizado foi um teste de similitude vetorial entre a representação gráfica de variedades abstratas de corrupção-suborno confrontadas com a representação gráfica de fatos processuais concretos. O resultado foi misto: em uma situação a Teoria do Ato Indeterminado foi capaz de descrever parcialmente a realidade processual (H_1) e, em outra, a Teoria foi totalmente incapaz de descrever a realidade processual (H_2).

Ao ignorar considerações quanto ao conteúdo do ato estatal e do acordo corruptivo, a Teoria mostrou-se apta a fundir modalidades de corrupção própria e imprópria e dificultar distinção entre condutas lícitas e ilícitas. Representando as condutas processuais na forma de diagramas direcionais foi possível separar as condutas narradas em diferentes módulos, revelando, no caso do Mensalão, que a Teoria do Ato Indeterminado fundiu em um mesmo raciocínio penal a prática de atos lícitos (atos político-legislativos legais), de corrupção imprópria especial (caixa dois eleitoral) e de corrupção-suborno própria(atos institucionais praticados em troca de recursos privados).

No caso da condenação do ex-presidente Lula, a Teoria se mostrou totalmente incapaz de descrever a realidade processual. Ao classificar como "propina" pagamentos realizados a ex-autoridades em contextos cronologicamente distantes e causalmente alheios ao mandato público a teoria foi incapaz de distinguir pagamentos lícitos de natureza comercial e institucional (doações, contratos comerciais e bonificações) de pagamentos ilícitos de natureza corruptiva (propina).

Este trabalho tem por fim não apenas questionar o resultado de julgamentos já ocorridos, mas alertar para possíveis consequências da consolidação da Teoria do Ato Indeterminado. A interpretação segundo a qual um pagamento de uma "vantagem" em abstrato a funcionário ou ex-funcionário público, independentemente de seus contextos, configura corrupção-suborno, é apta a criminalizar condutas próprias à vida política e administrativa convencional. Políticos recebem recursos privados durante a campanha eleitoral. Cargos públicos de alto escalão são comumente um trampolim para a atuação profissional privada de ex-funcionários como executivos, prestadores de serviço e consultores. Funcionários públicos ainda no exercício do cargo recebem vantagens na forma de jantares, viagens, eventos, palestras, projetos etc.

A indeterminação do tipo corrupção-suborno pode levar a consequências imprevisíveis, criando risco para a estabilidade institucional e um problema de insegurança jurídica com suas consequências típicas: incerteza, risco, redução da produtividade, instabilidade política, paralisia administrativa.[38]

Por fim, é preciso ressaltar a especificidade das condutas operadas em contexto político-eleitoral relativamente às condutas administrativas comuns. Em primeiro lugar, quanto às hierarquias: no sistema político real, as cadeias de comando são modulares e associativas, enquanto na organização administrativa formal, as estruturas de comando são verticais e impositivas. Em segundo lugar, é preciso considerar a natureza específica da interação política frente à interação administrativa. Condutas de caráter político-eleitoral envolvem intercâmbio entre atos políticos e vantagens políticas, enquanto na vida administrativa os comportamentos são determinados por normas e processos. Tendo em vista essas especificidades, a aplicação das regras penais administrativas deve ser reservada prioritariamente a casos de corrupção-suborno própria (acordo corruptivo) e casos impróprios ocorridos em contextos administrativos. Casos impróprios de natureza político-eleitoral devem ser tratados preferencialmente pela legislação específica, tendo em vista suas peculiaridades e o respeito ao princípio de preponderância da lei específica sobre a lei geral.

38. Um exemplo recente de dano provocado por instabilidade jurídica foi a intervenção penal e administrativa no setor da Construção Civil pela "Operação Lava Jato". A ação jurídico-policial corroeu fundamentos legais necessários a operações empresariais de compra, venda e crédito e provocou um "apagão jurídico-contratual" que levou o setor ao colapso. Houve retração de 26% no PIB da construção civil entre 2014 e 2018. (CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO, Base de Dados, Indicadores Econômicos Gerais).

Vimos, também, por meio de um último estudo de caso (Dep. Prof. Dorinha), que o fenômeno manifestado pela Teoria do Ato Indeterminado pode exibir ramificações extensas, apresentando-se como uma forma de "hermenêutica flexível" indiferente a contextos político-ideológicos e incidente sobre modalidades corruptivas diversas e aspectos conexos. Traçamos como hipótese que o fenômeno não expressa uma mutação técnico-doutrinária interna ao corpo jurídico, mas é uma resposta ao clamor popular pela responsabilização exemplar dos crimes de caráter político-administrativo. Uma conclusão possível é que a Teoria do Ato Indeterminado se enquadra no conceito chamado pela literatura de "estruturas de recepção", as quais são representações semântico-conceituais utilizadas por operadores do direito para internalizar pressões extrajurídicas (opinião pública)ao discurso jurídico.

11. Bibliografia

ALLIBRANDI, Luigi. *Il Codice Penale*. 20. ed. Milão: Casa Editrice La Tribuna, 2005.

ALTALEX. Anticorruzione, in Gazzetta la legge "spazzacorrotti". 17.01.2019. Disponível em: [www.altalex.com/documents/leggi/2018/09/06/anticorruzione]. Acesso em: 28.06.2018.

ANTONELLI, Diana Fernandes. *A presença e a relevância do noticiário de corrupção em 30 anos de cobertura dos jornais Folha de S. Paulo, O Globo e o Estado de São Paulo*. 2017. Dissertação. Faculdade de Comunicação. Universidade Nacional de Brasília (UnB).

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Base de Dados, Indicadores Econômicos Gerais. Disponível em: [www.cbicdados.com.br/menu/indicadores-economicos-gerais/]. Acesso em: 28.06.2018.

CAMPOS, Pedro Henrique Pereira. *A ditadura dos empreiteiros*: as empresas nacionais de construção pesada, suas formas associativas e o Estado ditatorial brasileiro, 1964-1985. Niterói, Universidade Federal Fluminense, Tese de Doutoramento, 2012.

CHRISTOPOULOS, Dimitris. *Network Analysis in Social and Political Science*: A Short Introduction to Concepts, apostila, 2016. Disponível em: [http://people.unica.it/robertodiquirico/files/2016/12/Dimitris_Christopoulos_Intro.pdf]. Acesso em: 28.06.2018.

CONGRESSO EM FOCO. *Lula recebeu R$ 10 milhões de empresas investigadas na Lava Jato, diz Veja*. 15.08.2015. Disponível em: [congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/lula-recebeu-r-10-milhoes-de-empresas-investigadas-na-lava-jato-diz-veja/]. Acesso em: 28.06.2018.

EASLEY, David; KLEINBERG, Jon. *Networks, Crowds, and Markets*: Reasoning about a Highly Connected World. Cambridge University Press, 2010. Disponível em: [www.cs.cornell.edu/home/kleinber/networks-book/]. Acesso em: 28.06.2018.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals, Fourth Circuit, "US *vs*. Terry", 14.02.2013. Disponível em: [www.leagle.com/decision/infco20130214146]. Acesso em: 28.06.2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, "McDonnell *vs*. US", 27.06.2016. Disponível em: [www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-474_ljgm.pdf]. Acesso em: 28.06.2018.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, "US *vs*. Sun-Diamont Growers of California", 27.04.1999. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supct/html/98-131.ZS.html]. Acesso em: 28.06.2018.

EXAME. *Doações a Instituto Lula saltaram de R$ 4 mi a R$ 15 mi em 3 anos*. 02.10.2017. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/doacoes-a-instituto-lula-saltaram-de-r-4-mi-a-r-15-mi-em-3-anos/]. Acesso em: 28.06.2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Nunca se roubou tão pouco*. Ricardo Semler, 21.11.2014. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/11/1551226-ricardo-semler-nunca-se-roubou-tao-pouco.shtml]. Acesso em: 28.06.2018.

GAZETA DO POVO. *Doleiro diz que Lula foi pressionado a nomear diretor da Petrobras*, 09.10.2014. Disponível em: [www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/doleiro-diz-que-lula-foi-pressionado-a-nomear-diretor-da-petrobras-eeqj9k76cm426eiw1incwzeby]. Acesso em: 28.06.2018.

GISBERT, Rafael Bustos, Corrupción política y derecho. In: LA TORRE, Ignacio Berdugo G. e BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Estudios sobre la corrupción*: una reflexión hispano-brasileña. Salamanca: Gráficas Lope, 2012. Disponível em: [edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4254324/mod_resource/content/1/Estudios%20sobre%20%20corrupci%C3%B3n.pdf]. Acesso em: 28.06.2018.

JOTA. *O passado e o futuro dos gastos eleitorais: como evoluíram e se distribuíram os gastos de campanha oficiais no período de 2002 até 2014*, Arthur Fish, 19.06.2018. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/cepesp/o-passado-e-futuro-dos-gastos-eleitorais-19062018]. Acesso em: 28.06.2018.

LIMONGI, Fernando, ARGELINA, Figueiredo. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. *Revista Lua Nova*. São Paulo, n. 44, 1998. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf]. Acesso em: 28.06.2018.

OBSERVATÓRIO DA IMPRENSA. Receita de uma notícia requentada, 16.08.2005. Disponível em: [http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/receita-de-uma-noticia-requentada]. Acesso em: 28.06.2018.

PODER360. *Presidenciáveis e ex-presidentes faturam alto com palestras*, 14.10.2017. Disponível em: [www.poder360.com.br/eleicoes/presidenciaveis-e-ex-presidentes-faturam-alto-com-palestras/]. Acesso em: 28.06.2018.

REDE BRASIL ATUAL. Sites *ajudam eleitores a encontrarem candidatos por afinidade política*, 12.09.2018. Disponível em: [www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/09/sites-ajudam-eleitor-a-encontrar-candidatos-por-afinidade-politica/]. Acesso em: 28.06.2018.

RIBEIRO, Haroldo et alli. *The dynamical structure of political corruption networks*. Cornell University, 05.01.2018. Disponível em: [https://arxiv.org/abs/1801.01869]. Acesso em: 28.06.2018.

THE GUARDIAN. *Obama and Branson kitesurfing trip branded huge publicity stunt, 08/02/2017*. Disponível em: [www.theguardian.com/us-news/2017/feb/08/barack-obama-richard-branson-kitesurfing-trip-necker-island]. Acesso em: 28.06.2018.

VALOR ECONÔMICO. *STF divulga lista com investigados na Lava-Jato*, 06.03.2015. Disponível em: [www.valor.com.br/politica/3941780/stf-divulga-lista-com-investigados-na-lava-jato]. Acesso em: 28.06.2018.

WELLING, Sarah. *Reviving the Federal Crime of Gratuities*. University of Kentuky, Law Faculty Scholarly Articles, 2013. Disponível em: [https://uknowledge.uky.edu/law_facpub/275]. Acesso em: 28.06.2018.

XAVIER, José Roberto Franco. A opinião pública e o Sistema de Direito Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 23, n. 112, p. 149-164, jan.-fev. 2015.

ZUCCALÀ, Crespi Forti. *Commentario Breve al Codice Penale*. Padova: Cedam, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Corrupção: Obstáculo à implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de M. Madeleine Hutyra de Paula Lima – *RDCI* 33/174-205 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 3/883-920 (DTR\2000\763);
- Globalização e corrupção em uma sociedade complexa, de André Folloni e Flúvio Cardinelle Oliveira Garcia – *RBCCrim* 162/219-256 (DTR\2019\42157); e
- No combate à corrupção empresarial, como incentivar normativamente a implementação efetiva do compliance?, de Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues – *RDAI* 13/221-249 (DTR\2020\7438).

Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs

Culpability and functionalism: an analysis taking into account the theories of Roxin and Jakobs

Oliveiros Guanais

Doutor em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Procurador da República em Salvador.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7319-7815
oliveirosguanais@hotmail.com

Recebido em: 20.12.2019
Aprovado em: 08.03.2020
Última versão do autor: 04.05.2020

Áreas do Direito: Penal; Filosofia; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente artigo tem o propósito inicial de analisar, de forma extensiva, o princípio da culpabilidade e a sua evolução nas teorias de Claus Roxin e Gunther Jakobs. Para tanto, são examinados os sistemas penais desses autores, a fim de neles situar corretamente a culpabilidade e considerar suas mudanças ao longo do tempo. Na sequência, é feita uma comparação crítica entre as duas perspectivas, realçando os pontos de afinidade e as divergências e polêmicas. Finalmente, são desenvolvidas algumas considerações sobre o conceito de culpabilidade e sobre a necessidade de critérios para a sua determinação, com indicação de algumas diretrizes para cumprir essa difícil e importante tarefa. A conclusão se dirige a uma concepção normativa de culpabilidade que, ao mesmo tempo, incorpore princípios de garantia e a proteção das liberdades recíprocas dos cidadãos.

Palavras-chave: Culpabilidade – Funcionalismo – Prevenção geral positiva – Normativismo.

Abstract: This article brings an extensive analysis of the culpability in the criminal theories of Claus Roxin and Gunther Jakobs. In order to achieve this goal, the article presents the main features of the systems built by the two authors in a way that allows the better understanding of the essence of culpability in each one of them and the changes they have undergone over time. The article also contains a comparative analysis of both theories, highlighting the similarities and differences, as well as the controversies. Finally, some critical considerations about the culpability in criminal law are presented and some criteria are set out for its determination. The conclusion points to the advantages of a normative conception of culpability that could show itself able to bring together limits for punitive aims along with the purpose to protect freedom of all individuals in a reciprocal way.

Keywords: Culpability – Functionalism – Positive general prevention – Normativism.

Guanais, Oliveiros. Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 169. ano 28. p. 81-116. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. Culpabilidade e necessidades preventivas como elementos da responsabilidade: a concepção de Roxin. 3. Günther Jakobs: culpabilidade e necessidade de preservação das expectativas normativas. 4. Roxin e Jakobs frente a frente: análise crítica. 5. Culpabilidade: um conceito que necessita de critérios de determinação. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Segundo opinião amplamente difundida, o funcionalismo no Direito Penal[1] tem seu marco introdutório na Alemanha com a publicação, nos anos 70 do século passado, de um escrito de Claus Roxin intitulado "Política Criminal e Sistema de Direito Penal"[2]. Nessa época, se identificava uma crise na dogmática penal alemã em razão das duradouras polêmicas entre causalistas e finalistas acerca da construção do sistema penal[3]. Nesse contexto, sem renunciar à pretensão sistemática, Roxin concluiu que não se poderia deixar de lado o pensamento problemático. Ele propôs, então, construir o sistema no Direito Penal a partir das finalidades político-criminais. Seria necessário "deixar penetrar as decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal"[4]. Essa perspectiva foi denominada teleológica ou funcional,[5] tendo em vista que parte da concepção de que "todos os elementos do crime têm uma função político-criminal a cumprir" e seus conteúdos deveriam ser preenchidos "de maneira a melhor cumprirem a função que lhes assiste"[6].

1. Até que ponto o que se denomina funcionalismo no Direito Penal está relacionado ao funcionalismo tal como é entendido na sociologia é algo que excede muito o âmbito deste artigo. Uma breve menção a este tema pode ser encontrada em: BUSTOS RAMÍREZ, *Criminologia e Evolução das Ideias Sociais*, p. 61-66. O que parece claro é que o "funcionalismo" de Jakobs encontra uma grande aproximação com o funcionalismo sociológico de Luhmann. Menção a essa aproximação é feita pelo próprio Jakobs em: JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría del Derecho*, p. 3-18).
2. SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, p. 63; Lampe, *Acerca de la Fundamentación Funcional del Sistema de Delito*, p. 211-212. Silva Sánchez identifica, como precedente do funcionalismo teleológico de Roxin, a tradição metodológica do neokantismo (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 67).
3. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 17; ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 39.
4. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 49.
5. SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, p. 63.
6. GRECO, *A teoria da imputação objetiva: uma introdução*, p. 62.

Quanto à culpabilidade, Roxin partiu da crítica ao "poder atuar de outro modo", que constituía a base da reprovabilidade no sistema finalista. As dificuldades empíricas de se constatar a liberdade do sujeito para poder atuar de modo distinto, que são representadas pela antiga discussão sobre o livre-arbítrio, indicariam que a culpabilidade não se decidiria pela resposta positiva ou negativa quanto à liberdade de atuar, que não seria suscetível de comprovação nem de modo geral, nem de modo individual[7]. A questão relevante para determinar a culpabilidade seria, em realidade, "até que ponto, nos casos de circunstâncias pessoais irregulares ou condicionadas pela situação, convém uma sanção penal a uma conduta que, em princípio, está ameaçada com pena"[8]. A maneira como essa perspectiva foi desenvolvida ao longo do tempo por Roxin será objeto de exposição em item próprio deste artigo.

O sistema de Jakobs também é caracterizado como funcionalista. A razão para isso já podemos encontrar no programa traçado no prólogo à 1ª edição de seu tratado, em 1983, em que o autor anuncia que culpabilidade e ação são conceitos sobre os quais não se pode dizer nada sem considerar a missão do Direito Penal[9]. Em continuação, no prólogo à 2ª edição da mesma obra, ele afirma que o "mundo dos conceitos jurídico-penais deve ser organizado com base na missão social do Direito Penal e não conforme a dados prévios naturais ou de qualquer outra classe alheios à sociedade"[10]. Entretanto, diferentemente de Roxin, Jakobs sustenta que a função a ser cumprida pelo Direito Penal não se orienta por critérios de Política Criminal. Tomando como base a teoria sistêmica de Luhmann, Jakobs defende que o propósito da pena é reafirmar a vigência da norma[11], buscando-se "o asseguramento das expectativas normativas essenciais frente a suas defraudações"[12].

A partir desse ponto de vista, Jakobs discorda de Welzel, seu professor, segundo o qual a culpabilidade estaria baseada em uma estrutura lógico-objetiva, o poder atuar de outro. Entram em cena aqui, em linhas gerais, outros critérios relacionados à forma pela qual a sociedade interpreta os fatos e se, do ponto de vista comunicativo, a conduta do agente é qualificada como um questionamento à norma que necessita de uma resposta, de maneira a confirmar a sua vigência. O que se percebe é que a culpabilidade não se encontra "na cabeça do autor", mas na

7. SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, p. 65.
8. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 59.
9. JAKOBS, *Direito Penal, Parte Geral* (prólogo), p. XI.
10. JAKOBS, *Direito Penal, Parte Geral* (prólogo), p. VII.
11. JAKOBS, *Direito Penal, Parte Geral*, p. 13-14.
12. PEÑARADA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, p. 26.

forma pela qual a sociedade interpreta a conduta do autor e no que é necessário para manter a confiança normativa. Estes pontos sobre os quais Jakobs assenta a culpabilidade também serão desdobrados em item próprio deste artigo.

A contraposição geral entre as teorias de Roxin e Jakobs mostra que o funcionalismo não agrega, necessariamente, perspectivas de compreensão da função do Direito Penal que coincidam entre si[13]. Existirão tantos "funcionalismos" quantos forem os conjuntos de premissas que tenham como base ou quantas forem as formas como compreendam – ou descrevam – a função do Direito Penal[14]. Em comum, trata-se de teorias que não se configuram com base em estruturas ontológicas[15]. E apesar das diferentes perspectivas, isso não afasta a possibilidade de que, em termos práticos, o resultado da aplicação dos diferentes funcionalismos coincida em muitos pontos no final. Disso resulta que, para entender a culpabilidade nos sistemas funcionalistas de Roxin e Jakobs, é preciso analisar individualmente cada um deles. Essa é a proposta inicial deste artigo. Após concluída essa tarefa, será apresentada uma comparação e análise crítica das duas perspectivas, seguida de algumas considerações sobre o conceito de culpabilidade, finalizando-se com uma breve conclusão.

2. Culpabilidade e necessidades preventivas como elementos da responsabilidade: a concepção de Roxin

Em vários escritos dedicados à culpabilidade penal ao longo de sua trajetória acadêmica, Roxin busca identificar o seu conteúdo e apontar os seus pressupostos materiais. Entretanto, observa-se em seus trabalhos mais antigos uma especial preocupação em defender a ideia de que a configuração da responsabilidade penal, depois de constatadas a tipicidade e a antijuridicidade, dependeria,

13. Silva Sánchez fala de um funcionalismo moderado, que corresponderia a Roxin, e um funcionalismo radical, que seria a perspectiva de Jakobs (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 70).

14. Uma breve alusão a sistemas penais normativos propostos por distintos autores da Europa continental com base em finalidades do Direito Penal pode ser encontrada em: ROXIN, Strafrecht. *Allgemeiner Teil*, p. 205-211. Em sentido similar, Peñaranda Ramos menciona os pensamentos funcionalistas de distintos penalistas europeus (PEÑARANDA RAMOS, *Sobre la influencia del funcionalismo*, p. 223-228).

15. Isso não impede Roxin de reconhecer a força do empírico, ainda que venha a ser submetido a uma valoração normativa, e a apontar nesse ponto uma grande diferença entre o seu ponto de vista e o de Jakobs, que não estaria vinculado a dados empíricos (ROXIN, *Política criminal y dogmática penal hoy en día*, p. 56-65).

fundamentalmente, da comprovação da necessidade de aplicação da pena, segundo critérios de prevenção especial e geral.

É certo que Roxin nunca chegou a renunciar expressamente à defesa da culpabilidade como elemento do delito, numa perspectiva de garantia para o indivíduo e de limitação da pena, e reputa de grande relevância a distinção entre injusto e culpabilidade na dogmática penal[16]. Mas, em um primeiro momento, o autor alemão sustentava que a culpabilidade estaria determinada por princípios político-criminais diretamente ligados à teoria dos fins da pena.

Como já mencionado, Roxin entende que o sistema penal deve ser delineado segundo critérios normativos, valorativos, vinculados a finalidades reitoras de natureza político-criminal[17]. Tal força modeladora que as necessidades político criminais exercem sobre a formação dos componentes do sistema do delito, e mais especificamente sobre a caracterização do conceito de culpabilidade, é exposta por Roxin em seus artigos "Culpabilidade e Responsabilidade como Categorias Sistemáticas Jurídico-Penais", publicado em 1974[18], e "Culpabilidade, Prevenção e Responsabilidade no Direito Penal", publicado em 1979[19].

Embora a obra de Roxin tenha sofrido, posteriormente, certas modificações quanto à forma de compreender a culpabilidade e a responsabilidade, nos mencionados escritos o autor já defendia um ponto estável na evolução de sua teoria ao longo do tempo: a necessidade de se deixar de lado a indagação acerca do livre-arbítrio e do correlato "poder de atuar de outro modo", que foram a base do conceito material de culpabilidade segundo o finalismo. Nesse primeiro momento de sua doutrina, Roxin argumenta que as causas de exclusão de culpabilidade poderiam ser perfeitamente e até mesmo mais bem explicadas pela falta de necessidade de prevenção, sem que seja preciso se recorrer ao fundamento da inexistência do poder de atuar de outro modo[20].

No que diz respeito ao erro de proibição, por exemplo, o autor afirma que a invencibilidade "no se debe determinar por los límites de lo que es posible 'in abstracto', sino por los imperativos de una razonable política criminal". De acordo com tais parâmetros, Roxin conclui que "dentro de los límites de lo jurídicamente exigido es

16. ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales*, p. 57.
17. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 217.
18. *"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien*.
19. *Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*.
20. ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales*, p. 77; *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 59.

inevitable el error de prohibición de quien está a la altura de las exigencias de fidelidad 'normal' al Derecho"[21]. De tal maneira, deslocando o critério de julgamento do "poder abstrato de evitar o erro" ou do "poder de agir de outro modo", a evitabilidade do erro de proibição deveria ser determinada segundo as razoáveis exigências que podem ser feitas ao sujeito que apresenta normal fidelidade ao Direito.

Também em relação à inimputabilidade, Roxin sustenta que a decisão quanto à sua confirmação ou negação não é proveniente de uma pura constatação empírica relacionada à ausência do poder de atuar de outro modo, desprovida de qualquer valoração de ordem político-criminal[22]. Mesmo nos casos de loucura manifesta, em que seria excepcionalmente possível constatar a exclusão do poder de atuar de outro modo, o mais importante é que não existiria necessidade de prevenção geral, considerando que o modelo de conduta de um enfermo mental não será exemplo para a coletividade. Além disso, a coerção da pena não seria um meio idôneo para a consecução do objetivo de prevenção especial.

Mas é nas situações em que há insegurança quanto ao grau de afetação da capacidade de compreensão ou inibição do sujeito que os critérios de política criminal ganhariam especial relevância, na visão de Roxin, já que, nesse campo, a determinação da culpabilidade ou de sua exclusão somente poderia ser fundamentada perfeitamente com recurso às finalidades preventivas[23].

A tese de partida de Roxin, em seus artigos mais antigos, é que as causas de exclusão de culpabilidade poderiam ser explicadas pela ausência de necessidade preventiva da pena, ou seja, poderiam ser justificadas por critérios de Política Criminal. Mas não é só isso. A exigência de culpabilidade, se entendida como poder atuar de outro modo[24], não seria suficiente para a configuração de um Direito penal razoável. Isso porque, mesmo nos casos em que eventualmente se possa confirmar o poder empírico de atuar de outro modo, não se deveria descartar a possibilidade de a pena ser vista como desnecessária do ponto de vista político-criminal, de acordo com as necessidades preventivas.

Isso aconteceria, por exemplo, em alguns casos de erro de proibição, em que, apesar da possibilidade de conhecimento da ilicitude, seria mais adequada a

21. ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales*, p. 80.

22. ROXIN, *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal*, p. 163-168.

23. ROXIN, *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal*, p. 166-167.

24. Embora Roxin tenha adotado finalmente o critério da "acessibilidade normativa" para definir a culpabilidade, ele trabalha com o conceito de culpabilidade como "poder de atuar de outro modo" nos seus escritos mais antigos, para buscar demonstrar a insuficiência da exigência de culpabilidade para a configuração da responsabilidade penal.

exclusão da responsabilidade, por situar-se o agente dentro da pauta de fidelidade normal ao direito. O mesmo ocorreria nos casos de inexigibilidade de conduta diversa nos delitos culposos. Nesse âmbito, apesar da possibilidade de atuação de outro modo, a ponderação dos interesses em conflito e a especificidade do caso poderiam levar à exclusão da responsabilidade, por não ser razoável na situação concreta exigir do autor do fato outro comportamento[25].

Do que se extrai dos seus escritos mais antigos, a construção da categoria da responsabilidade na sua teoria poderia sugerir que Roxin tinha como objetivo substituir o elemento culpabilidade pelo elemento responsabilidade[26]. Se o caminho realmente fosse esse, o autor poderia chegar até mesmo abandonar o termo "culpabilidade", cujo lugar seria tomado pela categoria denominada "responsabilidade", que abarcaria, segundo o autor, todas as garantias do que seria o "antigo conceito de culpabilidade" e permitiria, de forma adicional, a exclusão da responsabilidade com base na desnecessidade de prevenção em situações nas quais o princípio de culpabilidade não poderia produzir igual efeito. A discussão terminológica já foi registrada por Roxin com as seguintes palavras:

> "Si se acepta la idea de que los límites de las causas de exclusión de 'culpabilidad' se trazan por consideraciones preventivas orientadas en los fines de la pena, me parece insoslayable la conclusión de que la categoría del delito en la que deben incluirse estas causas de exclusión de la culpabilidad debería designarse más exactamente, desde un punto de vista científico, con el nombre de 'responsabilidad'."[27]

Alguns autores interpretaram a proposta de Roxin como uma possível renúncia à culpabilidade no Direito Penal, o que explica várias críticas que o acusaram de colocar em risco uma garantia fundamental para o sistema do delito. Em resposta a tais censuras, Roxin afirma que a categoria da responsabilidade em sua doutrina não implica nenhuma diminuição das garantias inerentes ao conceito de culpabilidade, pois as incorpora em toda a sua extensão, e até mesmo as amplia por meio da exigência de necessidade de pena.

25. ROXIN, *Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales*, p. 83-85.
26. Em 1984, Schünemann reconhecia que Roxin, no citado artigo "Culpabilidade e Responsabilidade como Categorias jurídico-penais", chegou a insinuar a possibilidade de "substituir de modo completo a categoria da culpabilidade, como pressuposto da punibilidade, pela necessidade preventivo-geral da pena". (SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad*, p. 160).
27. ROXIN, *Culpabilidad, Prevención y Responsabilidad en Derecho Penal*, p. 155.

Entretanto, diferentemente do que poderiam sugerir os trabalhos mais antigos do penalista como prognósticos da evolução de sua teoria, Roxin não abandonou, por fim, o termo nem o conceito de culpabilidade como pressuposto indispensável para a aplicação da pena. Contrariamente, mostrou-se, ao longo do tempo, defensor da exigência de culpabilidade, sem deixar sempre de situá-la, contudo, como elemento necessário, mas não suficiente, à configuração da responsabilidade penal. Deste modo, na obra do penalista, a culpabilidade continuou sendo um dos requisitos para a configuração da categoria mais ampla da "responsabilidade".

Uma defesa da exigência de culpabilidade para a caracterização da responsabilidade, agora de maneira independente das necessidades preventivas, é desenvolvida por Roxin em seu artigo *"Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?"* ("O que resta da culpabilidade no direito penal?"), cuja origem remonta a meados da década de 80 do século passado. Nesse artigo, apesar de reconhecer a procedência de algumas críticas formuladas ao princípio de culpabilidade, ele reafirma a posição de que não se pode renunciar ao seu conteúdo de garantia. Nessa ocasião, o penalista suscita hipóteses em que as necessidades preventivas poderiam até mesmo recomendar a punição do agente, mas seria o princípio de culpabilidade, com seu conteúdo de garantia, que corretamente impediria a aplicação da pena[28].

O que se detecta nessa fase da produção teórica de Roxin é o seu afastamento da concepção inicial segundo a qual o conteúdo de garantia da culpabilidade poderia ser explicado diretamente por critérios de prevenção geral e especial[29]. Ele admite, agora, que poderá haver casos em que culpabilidade e necessidades preventivas estejam em sentidos antagônicos, e haverá que se optar sempre pela prevalência da garantia retratada na exigência de culpabilidade[30]. Quanto a esse ponto, Roxin esclarece que a Política Criminal não deve ser entendida no sentido puramente preventivo de von Liszt, mas sim levando-se em consideração todos os aspectos valorativos, inclusive os de limitação da pena, a exemplo do princípio de culpabilidade[31].

28. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*, p. 362.

29. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*, p. 361-362 e 368.

30. ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*, p. 372. Apesar disso, no mesmo artigo, mais adiante (p. 373), Roxin renova ~~-de~~ forma algo contraditória ~~–s~~uas dúvidas a respeito da eficácia preventiva de uma pena aplicada em desconformidade com o princípio de culpabilidade, o que o levaria de volta à sua conclusão inicial de que mesmo a culpabilidade como garantia ineludível pode ser fundamentada por critérios de (desnecessidade de) prevenção.

31. ROXIN, *Política criminal y dogmática penal hoy día*, p. 42.

Em seus trabalhos mais recentes, Roxin prossegue sustentando que "la responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir de la ley"[32]. Portanto, a culpabilidade preserva a natureza de pressuposto da responsabilidade. Admite-se, entretanto, nesse sistema, a possibilidade de exclusão da responsabilidade, mesmo no caso de condutas culpáveis, quando a pena não se mostrar necessária do ponto de vista da prevenção[33].

Quanto ao conceito de culpabilidade, a evolução da teoria de Roxin leva-o a estabelecer, de forma independente das necessidades preventivas, o seu substrato material. Assim, se antes os esforços eram dirigidos a retratar a culpabilidade diretamente a partir de critérios de Política Criminal, posteriormente o autor alemão estabelece que a base material da culpabilidade como fundamento da pena estaria na acessibilidade normativa[34].

Nesse ponto, vale lembrar, mais uma vez, que a doutrina de Roxin parte da premissa de que não é possível comprovar nem negar empiricamente a liberdade ou poder de atuar de outro modo. Com isso, o fundamento da culpabilidade na doutrina finalista, a liberdade de vontade ou de atuação, é descartado como base material da culpabilidade:

> "La teoría penal de la culpabilidad debe ser independiente de la realidad empírica de la libertad de voluntad, pues ésta no puede ser probada. Y si ella lo fuese, en todo caso, durante el posterior juicio oral ya no podría verificarse con métodos psicológicos o psiquiátricos un 'poder actuar de diferente manera' en el momento del hecho."[35]

Apesar dessa postura, Roxin afirma que a liberdade é assumida como "regra social de jogo, como imposição normativa e como princípio jurídico de

32. *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 792. Na edição mais recente da obra citada, Roxin mantém o ensinamento: "Die Verantwortlichkeit hängt von zwei Gebegenheiten ab, die zum Unrecht hinzukommen müssen: der Schuld des Täters und der aus dem Gesetz zu entnehmenden präventiven Notwendigkeit strafrechtlicher Ahndung" (*Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I, p. 852).

33. ROXIN, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I, p. 853. No mesmo sentido, ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland,* p. 685-686.

34. A adoção do critério da acessibilidade normativa não significa, contudo, que Roxin deixe de acreditar na possibilidade de justificar tal parâmetro por motivos de Política Criminal. Em realidade, para o autor, sem acessibilidade normativa, tampouco há necessidade preventiva da pena.

35. ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 302.

regulação"[36]. Sustenta que a ordem jurídica se baseia na liberdade do ser humano como um fato psicológico-social que não pode ser ignorado. Argumenta que o dever-ser perderia sentido caso não fosse reconhecido (ainda que normativamente e não empiricamente) ao ser humano "normal" o poder de adequar seu comportamento ao chamado da norma e se não houvesse a possibilidade de responsabilização pelo mau uso desse poder[37].

Seguindo tal linha de pensamento, a pergunta a ser feita para a verificação da culpabilidade não se relacionaria ao "poder de atuar de outro modo" — indagação que não poderia ser respondida —, mas à possibilidade, do ponto de vista mental e anímico, de o agente acessar a orientação normativa no momento do fato. Roxin defende que é possível constatar empiricamente se o agente podia alcançar psiquicamente o "chamado da norma" na situação concreta e se dispunha da capacidade de controle que existe no adulto mentalmente saudável[38]. Tais indicativos confirmariam a presença da culpabilidade no caso concreto.

De acordo com essa doutrina, os dados empíricos da culpabilidade a serem comprovados são a capacidade de controle e a acessibilidade normativa que dela decorre. A investigação (empírica) quanto à possibilidade de acesso à norma e de autocontrole deve ser efetuada, segundo Roxin, de acordo com critérios de análise fornecidos pela psicologia e pela psiquiatria[39]. O dado normativo da culpabilidade, por sua vez, consistiria na atribuição ou imputação de possibilidade de conduta adequada à lei, uma vez constatado o dado empírico da acessibilidade normativa[40]. A possibilidade de conduta adequada à norma não é, portanto, um dado fático passível de averiguação empírica, mas uma determinação normativa.

Em termos concretos, a ausência de acessibilidade normativa estará confirmada nos casos de inimputabilidade ou incapacidade de culpabilidade[41] e nos

36. ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 302.

37. ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 303.

38. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 807; *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 302.

39. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 807.

40. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 810.

41. Apesar de defender a possibilidade de averiguação da acessibilidade normativa por investigação empírica, Roxin afirma, paralelamente, que para a definição da inimputabilidade são empregados não apenas critérios empíricos, mas também critérios valorativos. Assim, mesmo em se tratando de exclusão da imputabilidade, as valorações político-criminais entrarão em jogo simultaneamente para responder à indagação acerca da imputabilidade, no que ele denomina "processo psicológico-normativo" (ROXIN, *Derecho penal:* parte general, t. 1, p. 814-815 e 822-825).

casos de erro de proibição invencível[42], pois quando o agente não pode alcançar o conhecimento da ilicitude, tampouco pode acessar a orientação contida na norma[43]. Por outro lado, em caso de excesso na legítima defesa decorrente de confusão, temor ou susto e nas situações que correspondem ao denominado "estado de necessidade exculpante", previstos no Código Penal alemão, haveria uma culpabilidade diminuída remanescente e a pena não seria imposta por ausência de necessidade preventiva[44]. Essa ausência de necessidade preventiva pode se estender também para outros casos específicos[45].

Nesse sentido, depois de constatada a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, o próximo pressuposto para a aplicação da pena, segundo Roxin, é a confirmação da responsabilidade, que depende da concorrência de culpabilidade e de necessidade da sanção penal, esta última segundo critérios de Política Criminal relacionados à prevenção geral e prevenção especial deduzidos a partir da lei. Essa vinculação obrigatória da finalidade da pena à prevenção, ou seja, ao impedimento de futuros fatos delituosos, implica a rejeição das teorias de caráter retributivo[46].

Em resumo, a culpabilidade é um dos pressupostos da responsabilidade, condição necessária, mas não suficiente desta[47]. Ausente a culpabilidade, estará excluída também a responsabilidade. As causas de exclusão da culpabilidade são a inimputabilidade e o erro de proibição invencível. Ainda que presente a culpabilidade, a responsabilidade poderá ser excluída, quando não concorre a necessidade preventiva de sanção penal. Em conclusão, Roxin afirma que:

> "*(…) no debe penarse sin culpabilidad y no se debe penar más allá de la medida de la culpabilidad, pero tampoco debe penarse sin necesidad de prevención especial o general. La culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: sólo puede buscarse prevención a través de la pena bajo el presupuesto y la medida de la culpabilidad, pero también la culpabilidad justifica la pena solamente en el marco de lo preventivamente exigible.*"[48]

42. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 792; *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 303.
43. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 878.
44. ROXIN, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I, p. 877-878.
45. Tais como certos atos relacionados a desobediência civil ou atos praticados por motivos de consciência, entre outros (cf. ROXIN, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, Band I, §22).
46. ROXIN, *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland*, p. 684.
47. Greco e Leite falam por isso que a culpabilidade em Roxin não é vista como fundamento da pena, mas sim como limite para a aplicação de penas que poderiam justificar-se tão-somente a partir de necessidades preventivas (GRECO; LEITE; ROXIN, *80 anos*, p. 106-107).
48. ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 304.

3. Günther Jakobs: culpabilidade e necessidade de preservação das expectativas normativas[49]

Como já mencionado, é comum o reconhecimento de que a concepção de Jakobs acerca do Direito Penal tem como uma de suas fontes de influência a teoria de sistemas de Niklas Luhmann[50]. O próprio Jakobs reconhece esse alinhamento e se encontram várias citações do sociólogo alemão na obra do penalista, especialmente nos seus trabalhos mais antigos. Desse ponto de partida, decorre que o sistema jurídico é visto por Jakobs como um sistema parcial, integrante do sistema sociedade e como tal deve ser concebido[51], e os elementos do Direito Penal se estruturam a partir desse fundamento teórico.

Para Jakobs, a sociedade se constitui por meio de normas. As normas são as regras que conformam a identidade social e podem ser definidas como "expectativas de que uma pessoa, em uma situação determinada, se comportará de maneira determinada"[52]. O autor chama atenção para o fato de que a sociedade poderia estar configurada de uma maneira diversa da que está configurada concretamente, pois se trata de "construção de um contexto de comunicação"[53] e como

49. Jakobs e alguns autores da sua "escola" vêm propondo a dissolução da distinção entre injusto e culpabilidade. Isso implicaria a impossibilidade de reconhecer um injusto não culpável (JAKOBS, *System der strafrechtliche Zurechnung*, p. 55, nota de pé de página 113, p. 60; JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción*, p. 72; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 205; PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidade*; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 257-276). Essa proposta, contudo, não impede Jakobs de tratar separadamente da culpabilidade em sua obra, da forma como será aqui exposta, mesmo porque, para o penalista alemão, o que verdadeiramente importa para a imputação jurídico-penal é a culpabilidade. Crítica a esse posicionamento pode ser encontrada em: GRECO, *Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld*, p. 636-650.

50. PEÑARADA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*, p. 25 e 30-31. Os autores citados enfatizam, também, a marcante influência de Hegel na obra de Jakobs (ob. cit., p. 31). De fato, o próprio Jakobs admite esta semelhança parcial de suas ideias com as de Hegel: "Em Hegel, la teoría absoluta recibe uma configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva aquí representada. El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema de referencia actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad" (JAKOBS, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 22-23).

51. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal Funcional*, p. 6.

52. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, p. 177.

53. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 9.

construção pode ser reestruturada. Isso quer dizer que há outros mundos possíveis, ou seja, outras sociedades possíveis[54].

O autor distingue as normas do entorno da sociedade – a que podemos nos referir aqui como regras naturais[55] – das normas sociais. A vigência das regras naturais se impõe por si mesma. Quem desconsidera a lei da gravidade ou a necessidade biológica de oxigênio para sobreviver sofrerá as consequências de uma "pena natural". Considerando que o indivíduo não pode escapar à força das regras que afetam nosso entorno, não faria sentido a imposição de um dever de observar tais normas naturais[56]. Diferentemente, as normas sociais se apresentam como normas frágeis, que não têm a capacidade de autoimposição — ou de autoestabilização, na terminologia de Jakobs — própria das normas naturais. O bem-estar individual do infrator da norma social não está em risco como estaria se infringisse uma regra natural. Desta constatação decorre a necessidade de prestação de uma garantia às normas sociais caso não se pretenda que a configuração de mundo do infrator se imponha sobre a conformação da identidade social concreta[57].

Nesse sentido, se a pretensão é evitar que todo protesto contra a vigência das normas sociais seja interpretado como uma evolução, é preciso contradizer o modelo de configuração da sociedade proposto pelo autor do fato. Essa contestação à nova proposta de mundo é feita através da pena. Na perspectiva de Jakobs, a pena se apresenta como instrumento de manutenção da identidade social e como resposta à contradição da norma, confirmando seu conteúdo e validez. De tal maneira, o Direito Penal confirma e garante a identidade social[58].

No plano da comunicação em que se constrói o corpo social, o que se acaba de expor pode ser esclarecido da seguinte maneira: o fato punível, interpretado em seu significado como uma expressão de sentido, constitui uma afirmação de que o comportamento do autor do fato, ou seja, a defraudação de uma expectativa

54. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 79.

55. Jakobs não fala em regras naturais, mas, de forma mais abrangente, em regras do entorno da sociedade, que são, segundo o autor, "las reglas de la lógica y de las matemáticas, y de la totalidad de normas en una concepción del mundo orientada en un sentido racional y de las ciencias naturales" (JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 78).

56. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, p. 182.

57. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, p. 182.

58. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 4.

normativa, é um comportamento válido e, por consequência, se trata de uma afirmação de que a expectativa normativa é irrelevante para a sociedade. Em contraste, a pena é a negação dessa afirmação, confirmando-se que, diversamente do proposto pelo infrator da norma, "o comportamento defraudador não pertence, nem antes, nem agora, à configuração social que deve ser levada em consideração"[59]. A consequência é que o delito não é considerado princípio de uma evolução, mas sim comunicação defeituosa[60].

Tendo em vista a apontada debilidade das normas sociais, não se pode concluir que seja preferível, numa perspectiva individual, respeitar as normas jurídicas. A infração da norma jurídica pode levar ao poder e à fortuna, como lembra Jakobs[61]. Por isso, o Direito atribui às pessoas a tarefa de querer observar as normas como seu dever: a pessoa é considerada livre para querer ser fiel ao Direito. Ao estabelecer-se a liberdade de atuação do indivíduo em sociedade, na mesma medida é estabelecida, como sinalagma, a sua responsabilidade por comportar-se fielmente ao Direito, ou por prestar fidelidade jurídica[62]. O dever correlato à referida liberdade de atuação é, portanto, o de procurar a disposição suficiente para observar a norma[63].

Em alinhamento com essas premissas, a culpabilidade surge, para Jakobs, quando o autor não apresenta a aludida vontade de cumprimento da norma – ou vontade de ser fiel ao Direito[64] – que se espera dele como pessoa responsável[65]. Por isso, a culpabilidade "é a imputação de um defeito volitivo"[66]. A presença do "defeito de vontade" como culpabilidade não está condicionada à constatação de que o agente portador da vontade defeituosa tenha consciência do seu defeito.

---

59. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 75.
60. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 4
61. JAKOBS, *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, p. 195.
62. JAKOBS, *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, p. 197.
63. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 79.
64. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 60: "Schuld ist Rechtsuntreue, ein Manko an Rechtsuntreue".
65. JAKOBS, *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*, p. 198.
66. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 103.

Tal concepção seria excessivamente "psicologicista". O decisivo para definir a culpabilidade não é que o defeito seja percebido conscientemente pelo autor do fato, mas sim que o defeito efetivamente exista. Jakobs esclarece que o defeito volitivo decorre da ausência de uma motivação dominante de evitar infrações, pelo que a culpabilidade deve sempre ser entendida como "déficit de vontade" ou "déficit de motivação fiel ao Direito"[67].

Como se percebe, na concepção de Jakobs o critério para identificar a ocorrência do defeito de vontade não é psicológico. Diferentemente, é preciso levar-se em consideração um modelo objetivo, que, segundo o autor alemão, é o de cidadão fiel ao Direito. Por essa via, a vontade de observar a norma é padronizada e a culpabilidade não é concebida como uma recopilação de dados psíquicos, mas como a não prestação do mencionado padrão objetivo. Quem não rende por completo a prestação da pessoa-modelo de cidadão fiel ao Direito tem culpabilidade[68]. O rol de pessoa em Direito — ou de cidadão fiel ao Direito — traz consigo uma medida objetiva do esperado respeito às regras jurídicas, cuja não satisfação implica culpabilidade[69].

Sob o prisma da compreensão normativa da sociedade, os indivíduos deixam de ser apenas sujeitos que, como seres inteligentes que são, buscam maximizar os seus benefícios e a sua satisfação, e passam a ser considerados normativamente como *pessoas*, ou pessoas em Direito mais especificamente, que devem cumprir deveres e também são titulares de direitos. Na visão de Jakobs, pessoa é "o destino de expectativas normativas, titular de deveres, e, enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas normativas a outras pessoas". Disso se depreende que o conceito de pessoa "não é algo dado pela natureza, mas uma construção social"[70].

Estão excluídos da qualificação de pessoa aqueles que não podem ser o "destino das expectativas normativas" mencionadas por Jakobs. Trata-se dos sujeitos que não dispõem de competência para realizar julgamentos vinculantes acerca do mundo social, a exemplo das crianças e dos enfermos mentais. A estes, não é assegurado o livre e direto exercício de todos os direitos atribuídos aos demais indivíduos, razão pela qual tampouco lhes são exigidos os mesmos deveres. Por isso, não são considerados pessoas em sentido jurídico-penal, do que decorre a

67. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 103.

68. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, p. 191.

69. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 92.

70. JAKOBS, *La Idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico-Penal*, p. 16.

impossibilidade de sofrerem um juízo de culpabilidade e a incapacidade de serem agentes de infrações penais[71]. Jakobs esclarece que o determinante para a exclusão da culpabilidade em tais casos não é o estado de compreensão infantil ou a doença mental, por si mesmos, como elementos psicológicos, mas as repercussões de tais fatos, por implicarem a ausência de reconhecimento social destes sujeitos como cidadãos plenos, ou como pessoas no mundo normativo penal[72].

Como visto até aqui, a ideia central em torno do conceito de culpabilidade de Jakobs é que se trata de um déficit de motivação fiel ao Direito. Embora tal concepção esteja vinculada a uma medida objetiva – o papel de cidadão fiel ao Direito –, o reconhecimento da ausência de fidelidade jurídica está condicionado à interpretação do comportamento do sujeito como uma expressão de sentido. O questionamento da vigência da norma, no plano comunicativo em que se estrutura a sociedade, depende da prática de um comportamento que seja tomado como "sentido". Ao comportamento como expressão de sentido se contrapõe a natureza, âmbito em que está excluída a aplicação das normas jurídico-penais. De tal forma, somente uma conduta que tenha por significado uma contrariedade à vigência da norma pode ser objeto de imputação jurídico-penal.

Comportamentos de crianças e de enfermos mentais são qualificados como inculpáveis porque não expressam sentido, não são dotados de significado em termos comunicativos e, por isso mesmo, são considerados tão somente como natureza, excluídos da regulação jurídico-penal. Isto converge com a mencionada exigência da qualificação de pessoa em Direito Penal como condição necessária para a prática de um comportamento culpável. Coerentemente, Jakobs relaciona os conceitos de pessoa e expressão de sentido, de um lado, e não-pessoa e natureza, de outro: "a contraposição entre pessoa-em-Direito e não-pessoa-em-Direito é, do lado do autor, a contraposição entre sentido e natureza"[73].

Em síntese, somente quem ostenta a qualificação de pessoa no mundo normativo pode praticar um comportamento dotado de sentido, apto a questionar a vigência da norma no plano comunicativo, e que por isso pode ser considerado culpável.

Aqui chegamos à primeira causa concreta de exclusão de culpabilidade, a inimputabilidade, cujo fundamento é resumido da seguinte maneira por Jakobs:

71. JAKOBS, *La Idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico-Penal*, p. 17.

72. JAKOBS, *La Idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico-Penal*, p. 17.

73. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 93.

> "Quem não tem capacidade de culpabilidade não toma parte na produção comum de sentido. Seu comportamento defraudador concerne, *prima facie*, a uma expectativa normativa, mas uma observação mais atenta mostra que não se produziu uma contradição competente da norma, mas tão-somente um fato da natureza, carente de sentido. Isto não significa que um enfermo psíquico ou uma criança sejam considerados apenas natureza a partir de todos os pontos de vista, mas a respeito da falta de competência para emitir modelos de um mundo social certamente que o são."[74]

A distinção entre sentido e natureza, estabelecida por Jakobs, refere-se ao âmbito da comunicação. Natureza é o que não alcança o plano do que é relevante para a comunicação[75]. É com base nessa diferenciação que o autor alemão fundamenta não apenas a inimputabilidade, mas também as demais causas de exclusão de culpabilidade. Por isso, afirma que "do ponto de vista que aqui interessa, o do Direito Penal, o conceito de culpabilidade é o que separa o sentido da natureza"[76].

Acerca do erro de proibição, *Jakobs* distingue o desconhecimento do Direito, de um lado, da rejeição de seu fundamento de vigência, de outro. Segundo o penalista, "para uma pessoa que reconhece o fundamento da vigência, o desrespeito à norma é uma inconsequência que deve evitar por seu próprio interesse" e, por essa razão, a pena não é necessária[77]. Se o comportamento antijurídico é derivado de um erro ou ignorância inevitáveis quanto à proibição, a conduta praticada não se distancia do padrão de fidelidade jurídica esperado. Neste caso, embora desconhecido o Direito, não há rejeição do fundamento de vigência da norma.

Ocorrendo um erro de proibição inevitável, o sentido planejado do comportamento é correto, razão pela qual, no plano da comunicação, a conduta não significa a expressão de um contramodelo de sociedade[78]. Se no âmbito do sentido o comportamento não é interpretado como negativa à prestação do papel de cidadão fiel ao Direito, o que se materializa, no caso, é algo que não tem relevância jurídico-penal, tratando-se de mera natureza, portanto sem a concorrência de culpabilidade.

---

74. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, pp. 192-193.
75. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 27.
76. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 28.
77. JAKOBS, *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*, p. 193.
78. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 94.

Igualmente, o papel de cidadão fiel ao Direito não se vê questionado nas situações a que Jakobs se refere como de inexigibilidade. Em algumas hipóteses de excesso na legítima defesa, ou nos casos do denominado estado de necessidade exculpante, previstos no Código Penal Alemão[79], a exclusão da culpabilidade decorre da ausência de comportamento indicativo de infidelidade jurídica. Trata-se de condutas que não são passíveis de serem interpretadas como ataques ao modelo de sociedade vigente, incapazes de serem tomadas como exemplos com caráter geral, e por isso mesmo também excluídas do que o penalista considera expressões de sentido.

Em resumo, sentido e culpabilidade se opõem a natureza e ausência de culpabilidade, razão pela qual reitera Jakobs que:

> "se não existe culpabilidade, se trata apenas aparentemente de comunicação, ou seja, de uma conduta com sentido. Em realidade, trata-se de simples natureza, que se manifesta nas consequências de uma enfermidade, de um erro inevitável, de uma necessidade absoluta ou de perturbação medo, pânico etc. Em qualquer dos casos, cuida-se das consequências do ser humano como ser natural, como ser emocional e não como participante idôneo na comunicação que diz coisas com sentido."[80]

Por outro lado, Jakobs não se preocupa com a discussão sobre o livre-arbítrio e rejeita a importância da controvérsia acerca de sua existência para o que interessa à definição da culpabilidade penal. A culpabilidade é a "falta de fidelidade ao Direito manifestada", cuja comprovação independe do debate filosófico sobre a liberdade de agir do indivíduo[81]. O autor sustenta que "mesmo um determinista pode estar de acordo em que para a distribuição de responsabilidade não há outra alternativa, se é que se quer manter a ordem"[82].

Segundo Jakobs, cada um é livre na ordem social para administrar-se e correlatamente deve ser responsável pela liberdade que lhe é garantida. Se é certo que cada um deve responder pela motivação defeituosa que está na origem da conduta antijurídica praticada, o reverso desta responsabilidade é o direito de

79. Os casos de excesso na legítima defesa decorrentes de confusão, medo ou susto ("Verwirrung, Furcht oder Schrecken") e estado de necessidade exculpante estão previstos nos §§ 33 e 35 do Código Penal Alemão, respetivamente.

80. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 28.

81. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 114.

82. JAKOBS, *Derecho Penal:* parte general, p. 584-585.

rejeitar a intromissão daqueles que queiram determinar-lhe a forma de orientar a sua motivação[83]. Por essa razão, o âmbito em que se pode ser culpável é um âmbito de liberdade, pois neste campo é assegurado a cada um o direito de autoadministração sem interferências coercitivas sobre a configuração da própria vontade[84].

Diante da sua perspectiva acerca da culpabilidade, Jakobs relata que muitos o acusam de construir uma teoria que pretende estabilizar normas sem distinguir, de forma crítica, se são normas que asseguram a liberdade ou normas que aterrorizam o cidadão[85]. O penalista responde que, de fato, sua perspectiva é neutra. Assumindo como certa a necessidade de vida em sociedade, é preciso reconhecer que a culpabilidade somente pode ser definida a partir dos limites dentro dos quais a sociedade em questão pode ou não assimilar uma conduta desviada sem uma reação formal. Uma vez constatado que o sistema penal visa garantir uma determinada configuração social, isso só seria possível na medida em que as expectativas da sociedade sejam convergentes com as expectativas preservadas pelo Direito Penal[86].

De acordo com Jakobs, a configuração libertária ou não do sistema Penal não pode ser resolvida no plano interno do Direito Penal, que apenas retrata o caráter daquela sociedade que o gerou e em que se insere. A decisão a favor de um processo de criminalização excessivo e desnecessário ou, em contraste, de um sistema penal limitado à defesa de direitos nucleares, seria estritamente política e não jurídico-penal[87].

Em conclusão, Jakobs insiste que sua teoria descreve as condições de funcionamento da sociedade real. Ele sustenta que sua descrição é neutra, fruto de observação de como efetivamente opera o sistema penal e por isso é mais esclarecedora em comparação com teorias que não assumem que a conformação da culpabilidade somente pode ser o resultado das condições de subsistência da sociedade às quais ninguém pode subtrair-se[88].

83. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 60.
84. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 114; *Derecho Penal:* parte general, p. 586.
85. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 10-11.
86. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 77.
87. JAKOBS, *Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma*, p. 17.
88. JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 109.

4. Roxin e Jakobs frente a frente: análise crítica

Ao confrontar o seu ponto de vista sobre a teoria do delito com o de Jakobs, Roxin admite que "se puede encontrar una coincidencia de ambas concepciones en el punto de partida normativo y en su rechazo, vinculado con lo anterior, a todos los esfuerzos por fundamentar el sistema penal en leyes ontológicas"[89]. Trata-se, portanto, de posturas que coincidem ao rejeitar as premissas da teoria finalista, adotando uma perspectiva normativista para a construção dos elementos da teoria do delito e para a solução de problemas dogmáticos.

Além disso, Roxin esclarece que seu conceito de culpabilidade se apoia em uma justificação social da pena e, nesse ponto, se aproxima da doutrina da Jakobs[90]. Dessa forma, Roxin fala de "expectativa de conduta fiel ao Direito mediante mandatos e proibições", "comoção da consciência jurídica geral que se resolve quando as normas reafirmam sua vigência por meio da punição do agente" e "ausência de defraudação de expectativa social e de comoção da consciência social quando pessoas mentalmente enfermas ou imaturas, ou, ainda, sem possibilidade de conhecimento da norma, infringem a lei"[91]. Essas ideias e a terminologia empregada se assemelham bastante às adotadas por Jakobs.

Também no que chama de "dogmática real", Roxin identifica pontos comuns entre as duas doutrinas. Apesar da crítica segundo a qual Jakobs postularia uma teoria do delito neutra e sem força autorreformadora, adequada ao sistema dominante em um momento determinado e que poderia ajustar-se também a estados totalitários, Roxin constata que a "dogmática real" de Jakobs se constrói a partir do modelo de sociedade e conforme a legislação alemãs dos tempos atuais, em que se reconhecem os princípios de um Estado Social e Democrático de Direito. Com isso, Roxin admite que muitas das respostas aos problemas concretos da teoria do delito se assemelham no pensamento dos dois autores[92].

Entretanto, Roxin termina por rejeitar a concepção de culpabilidade de Jakobs, pois a ela não poderia ser associada uma função restritiva, tendo em vista que

> "la punibilidad de la persona no depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo que presuntamente sea necesario para el ejercicio de los

89. ROXIN, *Política Criminal y Dogmática Penal hoy en día*, p. 47.

90. ROXIN, *Derecho penal:* parte general, t. 1, p. 811.

91. ROXIN, *Derecho penal:* parte general, t. 1, p. 810-811.

92. ROXIN, *Política Criminal y Dogmática Penal hoy en día*, p. 48-49.

> ciudadanos en la fidelidad al Derecho, para la estabilización de su confianza en el ordenamiento".[93]

Para ilustrar sua crítica, Roxin destaca o polêmico ponto de vista de Jakobs sobre a culpabilidade relacionada a criminosos impulsivos[94], assunto sobre o qual este último ator afirmou que a exculpação somente pôde ser objeto de discussão quando a medicina conseguiu desenvolver meios eficazes de tratamento[95]. Ou seja, para Jakobs, a existência ou não de tratamento médico eficaz determinaria a resposta positiva ou negativa quanto à possibilidade de exclusão da culpabilidade. A impossibilidade de tratamento determinaria a necessidade de que o comportamento defeituoso fosse considerado como culpável. Essa postura evidenciaria a instrumentalização do indivíduo, que seria reduzido a ferramenta dos interesses sociais de estabilização da norma[96].

Apesar da forte crítica de Roxin, conectar a constatação da culpabilidade à existência de tratamento médico eficaz no caso de criminosos impulsivos não é uma postura que necessariamente deve decorrer das linhas gerais do sistema construído por Jakobs. Para Peñaranda Ramos, Suárez Gonzáles e Cancio Meliá, vincular a indagação sobre a concorrência de culpabilidade à possibilidade fática de tratamento médico nos casos mencionados é uma medida até mesmo manifestamente contraditória com a orientação normativista do autor alemão[97]. Segundo essa mesma análise, é um corpo estranho na teoria de Jakobs "que la necesidad de una respuesta preventivo-general quede absolutamente condicionada por la posible eficacia de una respuesta preventivo-especial"[98].

É possível, portanto, dentro do próprio sistema construído por Jakobs, encontrar outra solução para os criminosos impulsivos que apresentem incapacidade patológica de autocontrole, cujos atos praticados em razão da enfermidade

93. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 806.
94. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 806; *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*, p. 364.
95. JAKOBS, *Culpabilidad y Prevención*, p. 128; ROXIN, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*, p. 365.
96. ROXIN, *Derecho penal:* parte general, t. 1, p. 806.
97. PEÑARADA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, p. 87.
98. PEÑARADA RAMOS; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, p. 87.

não seriam interpretados como expressão de sentido, tratando-se de mera natureza. Com isso, se conclui que a aludida afirmação de Jakobs, tantas vezes citada e combatida na doutrina, é menos representativa do seu sistema de pensamento do que sugerem os seus críticos.

Jakobs manifestou-se posteriormente sobre essas questões, com o objetivo de rebater a crítica de Roxin e esclarecer ambiguidades. Por um lado, quanto à crítica de que a culpabilidade já não dependeria de circunstâncias situadas no autor, Jakobs observa que a afirmação é apenas parcialmente correta, pois a doença mental que implica inimputabilidade, ou o estado emocional no excesso na legítima defesa, efetivamente residem na pessoa do agente, o que não poderia ser contestado. Entretanto, Jakobs esclarece que os critérios para a valoração dessas circunstâncias não se situam na pessoa do agente, caso contrário a culpabilidade seria algo que diria respeito apenas ao próprio autor do fato[99].

Por outro lado, no que se refere ao debate sobre os criminosos impulsivos, Jakobs argumentou, após seu primeiro posicionamento, que não seria possível exculpar autores impulsivos sem possibilidades de tratamento médico porque os impulsos passionais seriam "un móvil muy vinculado a lo cotidiano"[100], o que, em outros termos, indicaria *"un estado que no aleja decisivamente quien en él se encuentra de la imagen de un hombre normal en circunstancias también normales"*[101]. E, mais recentemente, Jakobs chegou a afirmar que a existência ou não de tratamento médico poderia condicionar a confirmação ou exclusão da culpabilidade tão somente nos casos de criminosos impulsivos capazes de dirigir seus próprios atos[102]. As contradições e mudanças de opinião acabam por revelar que, nesse particular, a primeira opinião radical de Jakobs sobre "criminosos impulsivos" e culpabilidade não é algo que efetivamente resulta das premissas que embasam seu sistema.

O que se depreende de todo o exposto é que as respostas concretas a respeito da presença ou não de culpabilidade na obra de Jakobs não diferem substancialmente daquelas oferecidas pela doutrina em geral e particularmente das oferecidas por Roxin. A originalidade do pensamento de Jakobs consiste em apresentar

99. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, p. 61.

100. JAKOBS, *Sociedad, Norma y Persona*, p. 12, nota 19.

101. PEÑARADA RAMOS; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, p. 88.

102. PEÑARADA RAMOS; SUÁREZ GONZÁLEZ; CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema de Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, p. 61, nota de pé de página 124.

explicações a respeito da culpabilidade fundamentadas em uma perspectiva diferenciada, não apenas normativista, mas também nas reais condições de funcionamento da sociedade.

A correlação entre pena, culpabilidade e pessoa, e a vinculação entre culpabilidade e comportamento passível de interpretação como expressão de sentido constituem limites à imposição de uma sanção penal. O conceito de pessoa está conectado à ideia de igualdade, na medida em que pessoas são os sujeitos que possuem competência para realizar julgamentos vinculantes acerca do mundo social. Aqueles que não dispõem dessa competência são considerados desiguais e, portanto, incapazes de responder por seus atos por meio de uma pena. Também se limita a resposta penal às condutas que constituem expressões de sentido, excluindo-se a culpabilidade em caso de comportamentos inaptos a questionar a vigência das normas.

Além disso, é possível encontrar, sem muitas dificuldades, uma perspectiva liberal na doutrina de Jakobs, ao relacionar responsabilidade e liberdade. Em sociedade, o alcance da liberdade é proporcional ao limite da responsabilidade. Em outras palavras, a fixação e atribuição de responsabilidade abrem espaço para o exercício da liberdade:

> "Aquello por lo que el autor ha de responder no necesita, en la medida en que ha de responder por ello, de supervisión alguna por parte de otras personas. Quien ha de responder por su motivación defectuosa puede rechazar la intromisión de otras personas en su motivación aduciendo su responsabilidad. El ámbito en el que se puede ser culpable es, pues, al mismo tiempo, un ámbito libre, de autodeterminación (...)."[103]

No que se refere a Roxin, a sua obra promoveu uma evolução da teoria do delito em relação à teoria finalista, ao compreender e sustentar de forma bastante convincente e estruturada que a subordinação ontológica dos conceitos jurídico-penais não representa o melhor caminho para a construção da teoria do delito. O especial mérito desta postura consiste em que, como alerta Silva Sánchez, as considerações político-criminais na construção das categorias do sistema do delito sempre ocorreram, "incluso cuando se declaraba que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) (...)".[104].

103. JAKOBS, *Derecho Penal*: parte general, p. 586.

104. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal en la Dogmática*: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, p. 18.

Se Jakobs é criticado por assumir uma teoria cuja neutralidade lhe faria moldável a sistemas delitivos autoritários, o sistema penal de Roxin tampouco está isento de críticas. Após rejeitar veementemente o substrato da culpabilidade no pensamento finalista, o "poder atuar de outro modo", Roxin se esforça por estabelecer uma nova base material para a culpabilidade, definindo-a como "acessibilidade normativa", que seria passível de comprovação empírica. Entretanto, ao sustentar que a acessibilidade normativa é uma decorrência da "capacidade geral de autocontrole"[105], o parâmetro para a determinação da culpabilidade se aproxima muito, em termos práticos, do "poder de atuar de outro modo" finalista por ele criticado. A divergência se situa, portanto, muito mais no plano filosófico quanto ao posicionamento acerca do livre-arbítrio, confirmado pelo finalismo, mas insuscetível de comprovação ou negação para Roxin, do que efetivamente no campo do que o penalista alemão se referiu como "dogmática real".

Portanto, mais que a referência à acessibilidade normativa como substrato material da culpabilidade, o mérito de Roxin consiste em haver reconhecido, em uma crítica sólida e antecipada frente à doutrina em geral, que a culpabilidade não deve ser definida segundo um critério ontológico. Como enfatizava o penalista em seus escritos mais antigos, a culpabilidade e a consequente confirmação da responsabilidade penal não devem ser buscadas diretamente a partir de um substrato constatável empiricamente, mas sim a partir de critérios normativos explicitados, passíveis de serem confrontados e adequados aos princípios e garantias do Direito Penal contemporâneo.

5. Culpabilidade: um conceito que necessita de critérios de determinação

A denominada culpabilidade funcional sofre pelos menos duas críticas básicas. A primeira delas é que o conceito careceria de um substrato a partir do qual possa ser apreendido e delimitado[106]. Para fugir dessa crítica, Roxin preteriu a orientação puramente preventiva da culpabilidade, passando a conceituá-la como acessibilidade normativa. Por sua vez, Jakobs insistiu em linhas gerais no seu

105. ROXIN, *Derecho penal*: parte general, t. 1, p. 810.

106. SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuldbegriffs des Strafrechts*, p. 501. Nesse sentido, Schünemann argumenta que "no existe ninguna respuesta fundada empíricamente acerca de cuándo se da la posibilidad de procesar el conflicto de otro modo, cuestión esta que Jakobs toma como eje de su sistema" (Schunemann, *La función del principio de culpabilidad*, p. 167).

ponto de partida. Contudo, em sua teoria se constata uma mudança. Esse autor coloca, inicialmente, mais ênfase na definição da culpabilidade voltada a satisfazer a função da pena estatal de prevenção geral positiva, como aprendizagem da fidelidade ao Direito. Entretanto, isso é modificado depois, ao realçar a função da culpabilidade e da pena de manter da identidade normativa da sociedade. Nesse cenário, se observa que a crítica de indeterminação se dirige especialmente contra Jakobs e teorias semelhantes. A segunda crítica de que é suscetível o conceito funcional de culpabilidade é que se prestaria à instrumentalização do indivíduo para a satisfação de interesses do Estado. O alvo principal dessa última objeção também é o pensamento de Jakobs, como já ressaltado na exposição sobre seu conceito de culpabilidade[107].

A força dessas críticas dependeria, quanto ao primeiro ponto, relativo à indeterminação, da possibilidade de proposição de um conceito empírico de culpabilidade capaz de apresentar um substrato que possa ser mais bem apreendido e delimitado frente aos conceitos ditos funcionais[108]. E, quanto à segunda crítica, de instrumentalização, dependeria da demonstração de que um conceito funcional de culpabilidade deixaria o cidadão em situação de desvantagem e desproteção ante os interesses persecutórios do Estado em comparação com a que estaria se adotado um conceito que parta de uma concreta realidade empírica. Esse seria o caso se o processo de averiguação empírica de um elemento que corresponderia à culpabilidade pudesse estar a salvo de processos de instrumentalização. Caberia perguntar também se o conceito funcional de culpabilidade não poderia ser mais vantajoso para colocar limites a interesses persecutórios do Estado[109].

O conceito empírico de culpabilidade se apoia na crença da liberdade de atuação do indivíduo, e, mais especificamente, no poder agir de outro modo no caso concreto. Por exemplo, para Welzel, o poder agir de outro modo seria uma

107. FERRAJOLI, Derecho y Razón, p. 274-275. Segundo Lampe, já não se poderia excluir a possibilidade de afirmar a culpabilidade de um acusado como "bode expiatório em lugar de um autor não identificado ou de um autor efetivamente identificado, mas que não possa ser processado" (LAMPE, *Acerca de la fundamentación funcional*, p. 235).

108. Ao se comprovar que os conceitos ditos empíricos enfrentam grandes dificuldades na determinação da culpabilidade no caso concreto, abre-se o caminho para aceitar que um certo grau de indeterminação é inerente ao conceito de culpabilidade, dada a sua natureza essencialmente normativa.

109. Tomando-se por base a natureza limitadora inerente ao conceito de culpabilidade, o conceito funcional de culpabilidade deverá ser recusado se não puder cumprir essa limitação.

estrutura lógico-objetiva que precisaria ser respeitada pelo Direito Penal e seria a base sobre a qual se poderia construir o conceito de culpabilidade. No entanto, a contradição é que o conceito de culpabilidade de Welzel é considerado normativo, fundado na *reprovação* ao agente, ainda que se expresse na censura porque poderia atuar de outra maneira[110]. Esse caráter normativo fica claro na medida em que o finalismo admite que até mesmo nos casos de desconhecimento da proibição penal o agente pode ser considerado plenamente culpável se essa ignorância for considerada evitável. A questão é que a evitabilidade não pode ser esclarecida a partir da pergunta empírica sobre o "poder atuar de outro modo". O decisivo aqui é outra pergunta, acerca de "quanta informação exigimos ao indivíduo"[111]. Com isso, os contornos da culpabilidade afinal não são dados puramente pela realidade empírica, mas por critérios normativos de exigência ao cidadão.

As dificuldades do conceito de culpabilidade baseado na liberdade de atuação se expressam também na intensa e duradoura discussão sobre a possibilidade de se afirmar, empiricamente, que o indivíduo é livre para escolher como se comportar. Essa discussão milenar entre determinismo e livre-arbítrio foi reacendido em razão do resultado de pesquisas no campo das neurociências nas últimas décadas. Mas o certo é que essas novas descobertas científicas tampouco podem dar por encerrada a questão num ou noutro sentido[112]. Isso revela como a averiguação do poder agir de outro modo, como realidade empírica, não é capaz de oferecer uma resposta segura acerca dos limites e contornos da culpabilidade. Trata-se, portanto, de uma base empírica ainda inescrutável e que por isso mesmo não pode cumprir a promessa de delimitar e apreender o substrato da culpabilidade reduzindo incertezas, relativismos e margens de valoração.

Schünemann opta por um caminho diverso para sustentar um conceito empírico de liberdade. Para esse autor, a liberdade teria seu fundamento "na realidade social como uma construção de sentido" que é produto da linguagem[113]. De acordo

110. Essa contradição já foi ressaltada mais de uma vez por Silva Sánchez, em aulas e palestras.

111. FRISCH, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 196.

112. Após analisar o debate nas neurociências e sustentar a liberdade de vontade como fundamento da culpabilidade penal, o máximo que Alonso Álamo consegue afirmar é que "en contra de lo que a veces se ha afirmado, no se ha podido probar que no existe, sino que, antes bien, la existencia de la libertad de voluntad es una opción científica mejor que su negación determinista". Apesar de todos os esforços da autora, ela não chega a uma resposta suficientemente segura do ponto de vista empírico (ALONSO ÁLAMO, *La culpabilidad jurídica en la cabeza propia*, p. 48).

113. SCHÜNEMANN, *La culpabilidade*: estado de la cuestión, p. 110-113.

com Schünemann, "ao menos no caso das línguas indo-germânicas", as particularidades linguísticas e a gramática da sociedade revelam uma visão de mundo da qual se pode extrair "a significação da liberdade de vontade como conceito básico da interpretação do mundo"[114]. Contudo, essa postura suscita críticas ao vincular a crença na liberdade de atuação a determinadas formas de linguagem empregadas ("línguas indo-germânicas"), o que não seria suficiente para defender o livre-arbítrio do ser humano em geral[115]. Mas as críticas mais importantes à visão de Schünemann, tais como a de Lesch, partem da argumentação de que, ao conceber a liberdade como realidade social, ela não se encontra mais "na cabeça do autor", tratando-se de "um dado elaborado apenas socialmente" e, portanto, de uma atribuição social à pessoa interpretada a partir de uma determinada visão sociológica[116]. Diante disso, se dissolvem as fronteiras entre o conceito empírico-social de liberdade de Schünemann e visões normativas de liberdade como a de Roxin. E o resultado é que a culpabilidade fundamentada num conceito de liberdade socialmente interpretado não ganha maior concretude frente aos conceitos funcionais.

Conceitos como evitabilidade, no contexto do erro de proibição, ou exigibilidade, capaz de fundamentar determinadas causas de exclusão de culpabilidade, não são suscetíveis de apreensão e descrição empírica. Não podem ser traduzidos em poder atuar de outro modo se entendido como uma capacidade psicológica do indivíduo. É por isso que Frister conclui com razão que a culpabilidade é um conceito que necessita de complementação (*ausfüllungsbedürftiger Begriff*), cujo conteúdo é extraído das regras praticadas na sociedade e dos critérios de imputação e censura por ela aplicados[117]. Não é a medida da capacidade de atuar de outro modo que limita o alcance da intervenção estatal (ou limita os fins preventivos, caso se prefira), mas sim a necessidade de "garantir a liberdade das pessoas em uma sociedade democrática"[118]. Esse limite também é extraído de princípios normativos como a igualdade e a dignidade humana. Em síntese, embora a *empiria* de cada momento desempenhe um papel na determinação da culpabilidade, não é capaz de oferecer um substrato para a culpabilidade penal, mostrando-se decisiva a questão normativa[119].

114. SCHÜNEMANN, *Libertad de voluntad y culpabilidad*, p. 36.

115. JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 585, nota 48.

116. LESCH, *Injusto y culpabilidad en Derecho penal*, p. 16.

117. FRISTER, *Schuld und Entschuldigungsgründe*, p. 532.

118. ROXIN, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 195.

119. FRISCH, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 196.

Isso nos leva à segunda crítica aos conceitos funcionais: a possível instrumentalização do indivíduo. Se a culpabilidade fosse construída apenas com base no interesse em prevenir delitos, talvez fosse possível defender a aplicação de pena a inimputáveis ou a pessoas tão somente suspeitas, porque tais punições poderiam ter efeitos preventivos[120]. Com isso, a culpabilidade perderia sua função limitadora, de "reduzir a prática da prevenção a limites em que esta seja compatível com a liberdade do cidadão"[121]. Mas essa crítica parece confundir a culpabilidade funcional com a culpabilidade utilitarista[122]. A culpabilidade funcional pode ser utilitarista, mas essa identidade não é necessária[123]. Welzel atribuía ao neokantismo um criticável "relativismo valorativo" e essa crítica foi tomada mais tarde como ponto de partida para Roxin buscar conferir densidade ao seu funcionalismo com recurso ao objetivo de anteder a interesses de Política Criminal. Para Roxin, a Política Criminal incorporaria não apenas a necessidade de prevenção, mas também as garantias do Estado Democrático de Direito. É, precisamente, nesse último ponto que se encontra o espírito limitador da culpabilidade, elemento que, apesar de fundamentar a punição, não pode ir mais além dos limites estabelecidos pelas referidas garantias.

O que Roxin se refere como Política Criminal em realidade corresponde aos critérios de imputação aceitos na sociedade democrática de direito atualmente vigente na Alemanha, porque é a partir desse núcleo da identidade social que se configuram a Política Criminal e o Direito Penal. É na discussão sobre essa configuração da sociedade, na formação dos valores constitucionais, que se encontra o molde daquilo que se considerará exigível ao cidadão: quanta informação deve reunir, quanta inibição deve prestar, quanto esforço deve empreender para buscar alternativas de solução do conflito. Debater no plano do poder atuar de outro modo é desviar a essência da discussão e perder oportunidades de estabelecer limites à imputação que venham a se condensar em leis, baseadas nas práticas sociais e suas consequências em um Estado Democrático de Direito. Para tomar um exemplo, nos dias atuais somente uma compreensão dos efeitos sociais deletérios da institucionalização prolongada de adolescentes seria capaz de conter a onda de expansão que acredita que menores de 18 anos "podem agir de outro modo"[124].

120. FRISTER, *Schuld und Entschuldigungsgründe*, p. 529.

121. ROXIN, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 195.

122. FRISTER, *Schuld und Entschuldigungsgründe*, p. 529.

123. Pois a culpabilidade funcional é compatível com a incorporação de garantias.

124. A melhor opção "político-criminal" parece ser de fato uma responsabilidade diferenciada para adolescentes. É possível continuar discutindo a graduação da resposta, mas ela

Isso nos leva a concordar com Silva Sánchez ao afirmar que culpabilidade é exigibilidade[125], conceito que necessita de critérios de determinação[126]. Para conferir contornos à culpabilidade entrará em jogo a necessidade de manutenção da vigência da norma como primeiro ponto de apoio, uma vez que as normas consagram os valores ou interesses que a sociedade democrática considerou passíveis de proteção. São em princípios culpáveis aqueles que infringem as normas penais. Mas, em cada caso, a necessidade de manutenção da vigência da norma, que se apresenta *prima facie*, será confrontada com critérios limitadores da intervenção estatal como igualdade, humanidade e tolerância[127]. O reconhecimento recíproco em uma comunidade de seres razoáveis[128] nos permite compreender e afastar a punição de determinadas pessoas consideradas como não destinatárias da norma penal, a exemplo de crianças ou enfermos mentais. Nos permite, também, compreender e afastar a punição de pessoas que se apresentam como portadores de avaliações equivocadas da realidade ou da lei, depois de uma ponderação a respeito das causas de tais avaliações equivocadas. E nos permite compreender e afastar a punição de pessoas que se encontram em desassistência pelo Estado numa situação concreta, seja no que se refere à sua segurança, seja quanto à sua subsistência. Não pode o Estado exigir respeito a suas normas se não confere ao cidadão "uma alternativa de solução do conflito preferível à solução do conflito finalmente dada pelo autor: a salvação do interesse existencial"[129]. Nesse ponto, se reconhece um dever do Estado de se legitimar para exigir o respeito às suas normas[130]. Aqui entram em jogo as propostas de redução ou exclusão da culpabilidade baseadas em privação econômica para certas situações[131].

Como síntese do exposto se poderia afirmar que culpável é aquele que infringiu (de forma significativa) a norma penal, constituída pela sociedade para a preservação das liberdades de cada cidadão[132]. Isso nos leva a arriscar que a função

deve ser substancialmente distinta de uma internação de longo prazo sobretudo em um mesmo ambiente onde cumprem pena os demais penitentes maiores.

125. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo,* p. 413.

126. FRISTER, *Schuld und Entschuldigungsgründe*, p. 532.

127. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 411.

128. FRISCH, *Sobre el estado de la teoría del delito*, p. 196.

129. ROBLES PLANAS, *Sobre a exclusão do injusto penal*, p. 185.

130. BUSTOZ RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, p. 126.

131. SILVA SÁNCHEZ, *Malum Passionis*, p. 67-112.

132. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 91-116.

da culpabilidade está relacionada à preservação da norma que condensa as regras de conduta orientadas à garantia das liberdades recíprocas dos sujeitos que integram a comunidade jurídica (ou seja, todos os seres humanos). Tais liberdades recíprocas não se consideram desrespeitadas ante condutas de pessoas que apresentem especiais dificuldades de cumprimento da norma; condutas de pessoas que, por motivos que não lhes possam ser imputados, ignorem o conteúdo da norma; ou condutas de pessoas que se encontrem diante de graves conflitos de interesse, sem que o Estado lhes apresente uma alternativa razoável de solução. Nessa medida, não existe infração da norma penal, portadora de todo um significado simbólico de proteção de liberdades em regime de reciprocidade[133], senão quando praticada de forma culpável[134]. Culpável é quem atenta de maneira significativa contra as liberdades, função da atribuição da culpabilidade é a promoção de tais liberdades.

6. Conclusão

Dentro do emaranhado de concepções sobre a culpabilidade penal e desprezada a antiga abordagem naturalista, é possível identificar dois troncos fundamentais: o ontológico-empírico (culpabilidade como poder atuar de outro modo) e o funcional-normativo (culpabilidade como conceito moldado a partir de certos critérios normativo-materiais). O primeiro promete precisão e garantia, mas não é capaz de atender a essa promessa, encobrindo critérios materiais de determinação com prejuízo ao debate transparente sobre a essência e os limites da culpabilidade. O segundo apresenta dificuldades em razão da indeterminação e uma possível ameaça às garantias do indivíduo. Mas uma análise mais cuidadosa revela que essas dificuldades e indeterminação na construção da culpabilidade são próprias de todos os conceitos de culpabilidade. Somente quando são abertamente reconhecidas podem ser enfrentadas em uma discussão fundamental sobre os critérios materiais e normativos subjacentes. A culpabilidade ontológica se inebria com um discurso de garantia e estabilidade ao cidadão, mas termina por operar segundo critérios funcionais-valorativos ocultos na discussão dos casos concretos[135]. A culpabilidade funcional desvela o imenso desafio de definir e

133. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, p. 36-45.

134. PAWLIK, *La diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal*, p. 122-135; *Das Unrecht des Bürgers*, p. 257-281.

135. Como esclarece Silva Sánchez, "la decisión en virtud de la cual se afirma que un hecho es 'culpable', o no, es una decisión mixta, sintética, en la que han incidido consideraciones preventivas del mismo modo que consideraciones garantísticas, como puede

limitar a culpabilidade, mas traz possibilidade de avançar no que realmente para responder à pergunta acerca do "sim" e do "não" da responsabilidade penal.

Talvez as concepções de Roxin e de Jakobs tenham ganho tanta notoriedade por apresentarem propostas manifestas de traspasso da culpabilidade ontológica à funcional. Isso não quer dizer que orientações semelhantes não existissem antes, mas nesses autores elas ganham consistência e estrutura. Por descortinarem seus critérios de construção da culpabilidade, as concepções de culpabilidade de Roxin e Jakobs se apresentam no *front* do debate sofrendo inúmeras críticas. Mas é preciso reconhecer que ambas avançam ao apontarem que a culpabilidade se estabelece a partir do que a sociedade considera necessário para a preservação de suas liberdades recíprocas, como compreende reciprocamente as diferenças, fraquezas, contingências e debilidades humanas e até que ponto está disposta a tolerá-las. Deixam o diálogo aberto para que se discuta a medida do que é necessário para proteger liberdades, possibilitando propostas mais flexíveis, e possibilitam avançar além delas para defender uma compreensão recíproca mais tolerante do ser humano[136]. Naturalmente, nessa discussão podem surgir propostas de recrudescimento da intervenção penal e retrocesso na compreensão da dignidade humana. Mas não é a culpabilidade ontológica que nos protegerá desse mal. A melhor estratégia é apresentar os argumentos com o objetivo de rejeitar o retrocesso civilizacional[137], defendendo princípios de garantia e desmascarando o que encobre e motiva a promessa de mais segurança ao cidadão.

---

ser la igualdad, la humanidad, la condescendencia ante debilidades humanas" (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 410).

136. Por exemplo, a teoria do sujeito responsável de Bustos Ramírez e Hormazábal Malarée incorpora uma função estatal de nivelamento de desigualdades e a correlata obrigação de intervenção nos processos sociais: "la discusión de la responsabilidad debe hacerse respecto de una persona determinada en un marco social concreto, que en nuestro caso es el del Estado social y democrático de derecho, esto es, el de aquella forma de Estado que partiendo del reconocimiento de que el modelo genera desigualdades sociales y económicas, en virtud de su deber de nivelar las desigualdades, asume jurídica y políticamente la obligación de intervenir en los procesos sociales" (BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, p. 125-126).

137. Aqui se toma como inspiração a argumentação de Stratenwerth a respeito da necessidade de discutir as questões normativas básicas da sociedade no debate sobre a criminalização de condutas deixando de lado o dogma do bem jurídico. Essa argumentação, que invoca um processo contínuo de desenvolvimento civilizatório, encontra- se em: STRATENWERTH, *La criminalización en los delitos contra los bienes jurídicos colectivos*, p. 365-372.

Em síntese, conceitos funcionais-normativos não resolvem de forma definitiva as dificuldades na definição da culpabilidade. Em verdade, aprofundam e tornam mais complexa a discussão, porque demonstram que os conceitos são construídos a partir de critérios normativos adequados a uma determinada visão presente na sociedade. Mas é preciso desvelar quais são esses critérios, para poder discutir sua legitimidade e aprimorá-los. Trata-se de um trabalho que não pode ser paralisado, uma vez que se situa num processo contínuo de mudança evolutiva e que traz um ínsito risco de quebras involutivas. Avançar rumo à evolução dos valores humanistas da civilização e evitar quebras involutivas talvez seja a mais importante tarefa da dogmática penal. Arrisco dizer que essa deve ter sido a razão pela qual Roxin afirmou em certa ocasião que "un problema como el de la culpabilidad en el Derecho penal nunca podrá ser archivado como si estuviera resuelto definitivamente, sino que tendrá que seguir siendo meditado una y otra vez"[138].

Referências bibliográficas

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de voluntad. In: MARAVER, Mario e Laura Pozuelo (Coord.). *La culpabilidad*. Motevidéu/Buenos Aires: Bdef, 2019.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Criminologia e Evoluçao das Ideais Sociais. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan; BERGALLI, Roberto. *Pensamento criminológico I*. Trad. Roberta Duboc Pedrinha e Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madri: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 1995.

FRISTER, Helmut. Schuld und Entschuldignunsgründe. In: KINDHÄUSER, Urs; KREß, Claus; PAWLIK, Michael; e STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Strafrecht und Gesellschaft. *Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

GRECO, Luís. A teoria da imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg, 2009.

138. ROXIN, *El principio de culpabilidad y sus cambios*, p. 324.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. *Revista Liberdades*. São Paulo, v. 07, p. 97-123, maio-ago. 2011.

JAKOBS, Günther. Culpabilidad y prevención. In: *Moderna Dogmática Penal – Estudios Compilados*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 2. edição. Cidade do México: Porrúa, 2006.

JAKOBS, Günther. El principio de culpabilidad. In: *Moderna Dogmática Penal – Estudios Compilados*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2006.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. In: *Moderna Dogmática Penal – Estudios Compilados*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2006.

JAKOBS, Günther. El concepto jurídico-penal de acción. In: *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 2. ed. Cidade do México: Porrúa, 2006.

JAKOBS, Günther. La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles e Carlos Gómez-Jara Díez. Granada: Comares, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Individuo y Persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. In: CANCIO MELIÁ, Manuel e FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Coord.). *Teoría Funcional de la Pena e de la Culpabilidad*. Trad. Bernardo Feijoo Sánchez. Madri: Civitas, 2008.

JAKOBS, Günther. Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma. In: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Madri: Civitas, 2004.

JAKOBS, Günther. La Idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico-Penal. In: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Cidade do México: Angel Editor, 2003.

JAKOBS, Günther. *System der strafrechtlichen Zurechnung*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

LAMPE, Enrst-Joachim. Acerca de la Fundamentación Funcional del Sistema de Delito. In: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Trad. Guillermo Orce e Miguel Polaino-Orts. Lima: Grijley, 2003.

LESCH, Heiko. *Der Verbrechensbegriff*. Grundlinien einer funktionalen Revision. Carl Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns Verlag KG, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madri: Iustel, 2011.

PAWLIK, Michael. "*El paso más importante de la dogmática de la última generación?" – Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal*. Trad. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles. Madri, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons: 2010.

PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Trad. Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz, Ivó Coca Vila e Héctor García de la Torre. Barcelona: Atelier, 2016.

PEÑARADA RAMOS, Enrique. Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Un nuevo sistema del Derecho penal*: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Sobre a exclusão do injusto penal. In: *Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico*. Trad. Oliveiros Guanais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2. ed. 2ª reimpressão. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

ROXIN, Claus. *Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad. Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y responsabilidad como categorías jurídico-penales. Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal. Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad. Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. Política criminal y dogmática penal hoy en día. In: *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus. El principio de culpabilidad y sus cambios. In: *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus. *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig*. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Berna, 1987.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e Javier Vicente. Madri: Civitas, 2007. t. 1. (tradução da 2ª edição alemã, Munique: Beck, 1994).

ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. ed. Munique: Beck, 2006.

ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in Deutschland. Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Heidelberg, 2011.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Über den axiologischer Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtliche Tatgesinnung. In: VOGLER, Theo et. al. (Coord.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70*. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humboldt, 1985.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: *El sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Trad. Jesús María Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: *El sistema moderno del Derecho penal*: Cuestiones fundamentales. Tradução de Jesús María Silva Sánchez. Madri: Tecnos, 1991.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Coord.). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018.

STRATENWERTH, Günter. La criminalización en los delitos contra los bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno e Margarita Valle Mariscal de Gante. Madri-Barcelona: Marcial Pons, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 163/61-104 9 (DTR\2019\42583);
- Considerações críticas acerca da teoria funcionalista na dogmática penal: "monismo" de Jakobs e "dualismo" de Roxin, de Alcides Marques Porto Pacheco – *RT* 914/201-226 (DTR\2011\4971);
- Direito penal e possibilidade: o neurodeterminismo e seu déficit de normatividade para a fundamentação da culpabilidade, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 141/15-60 (DTR\2018\8686);
- O funcionalismo penal como continuação dos "percursos" da identidade da teoria do delito, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 139/15-38 (DTR\2017\7099); e
- O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 145/435-457 (DTR\2018\17978).

A estigmatização da mulher negra no sistema criminal: uma análise do crime de tráfico de drogas sob a perspectiva do *labeling approach*

The black woman stigmatization in the criminal system: an analysis of the drug trafficking crime from the labeling approach perspective

Thainá Lopes Dellacqua
Graduanda pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).
Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0219-0621
Thainadellacqua@gmail.com

André Filipe Pereira Reid dos Santos
Sociólogo e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8559-1959
afprsantos@gmail.com

Recebido em: 19.06.2019
Aprovado em: 20.02.2020
Última versão dos autores: 22.04.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: Através do olhar da criminologia crítica, o presente estudo terá como objeto de análise o impacto das ideologias patriarcais e sua influência direta e indireta sobre o papel das mulheres no crime de tráfico de drogas. Pela utilização da Teoria do Etiquetamento Social, o artigo apontará reflexões necessárias ao estudo do tema e da realidade encontrada e documentada por profissionais em levantamentos nacionais, bem como uma proposta de interpretação da atuação do Estado e do sistema penal na estigmatização negra feminina.

Abstract: Through the perspective of critical criminology, the present study will analyze the impact of patriarchal ideologies and their direct and indirect influence on the role of women in drug trafficking crime. Using the Labeling Approach Theory, this article points out necessary reflections to the study of the theme and of the reality discovered and documented by professionals in national surveys, as well as a proposition of interpretation that sees the part of Estate and the criminal justice system on the female black stigmatization.

Dellacqua, Thainá Lopes; Santos, André Filipe Pereira Reid dos. A estigmatização da mulher negra no sistema criminal: uma análise do crime de tráfico de drogas sob a perspectiva do *labeling approach*.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 169. ano 28. p. 119-138. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

Palavras-chave: Tráfico de drogas – Criminologia crítica – População negra – Mulheres.

Keywords: Drug trafficking – Critical criminology – Black people – Women.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tráfico de drogas e o encarceramento feminino. 3. O papel de gênero e as transgressões femininas. 4. A raça como fator estruturante no sistema carcerário. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Partindo[1-2] do crime tipificado a partir da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), é possível aferir que a contenção da conduta reprovável por tais pilares é pautada, principalmente, pelas condições sociais às quais o indivíduo é exposto, marginalizando uma parcela – negra, com baixa escolaridade e majoritariamente masculina – socialmente vulnerável ao longo da história.

Os comportamentos femininos esperados socialmente estão estritamente ligados ao gênero e seu desvio é entendido como "loucura", eis que foge da normalidade imposta pela ideologia patriarcal à qual está a sociedade inserida. Como disposto por Davis (2018, p. 36) ao levar-se em consideração o impacto racial e classicista, a equalização tende a evidenciar mulheres brancas emocionais e mentais. Já para mulheres negras e pobres, a equalização pendeu para a criminalidade.

Dessa forma, a criminalização acentuada de mulheres negras, as quais compõem mais da metade da população carcerária feminina, resta declarada eis que, desde os primórdios, sua conduta desviante ao padrão é vista como merecedora de punições diferenciadas das punições oferecidas às mulheres brancas, eis que, desde a escravidão, seu pagamento por condutas transgressoras às morais é o castigo físico.

A questão racial é um fator determinante e preponderante na criminalização das condutas previstas pelo artigo 33, *caput* da Lei de Drogas, tendo em vista que as condutas policiais e judiciais caminham sempre para a estigmatização negra no cometimento de crimes relacionados a drogas ilícitas.

---

1. Em homenagem ao professor Thiago Fabres de Carvalho, que acompanhou o início da minha jornada como pesquisadora na graduação. Deixamos aqui nossos mais singelos agradecimentos por seu trabalho e amizade. Seus ensinamentos continuarão a nos guiar até o fim da vida.
2. Artigo apresentado pelo grupo de pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura" da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

Ao se deparar com os motivos que levaram à criminalização da parcela minoritária do sistema carcerário (mulheres) adentrando o sistema por crimes historicamente masculinos e fugindo da tipicidade penal esperada pela estrutura patriarcal – crimes interligados ao gênero – presente no sistema criminal, estando envolvidas cada vez mais ao crime de tráfico de drogas, principalmente no que concerne à comercialização de pequenas quantidades de substâncias ilícitas e a tentativa de entrada com essas substâncias em presídio, tem-se o seguinte questionamento: como as ideologias patriarcais contribuem para a inserção das mulheres na no crime de tráfico de drogas?

2. O tráfico de drogas e o encarceramento feminino

O crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei penal 11.343 de 2006, também conhecida como "Lei de Drogas" ou "Lei de Tóxicos", dentro de uma sociedade vinculada ao sistema capitalista, traz ao indivíduo envolvido na atividade o status de criminoso baseado, muitas vezes, em *produções de verdade baseadas em mecanismos de poder* (FOUCAULT, 2006, p. 229).

As produções de verdade se evidenciam através do artigo 28, §2° da lei supracitada, o qual dita que

> "para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

Por ser do juiz, o aplicador do Direito, a classificação do *status* social do indivíduo apreendido em posse de substâncias ilícitas, isto é, se carregará consigo a característica de "traficante" ou "usuário", – levando em consideração inclusive as circunstâncias sociais do agente – é possível aferir que a criminalização primária se inicia na seletividade de condutas, gênero, classe social e estigmatização de indivíduos pré-selecionados por não se comportarem adequadamente ao que é imposto para manter a definição hegemônica da realidade e da ordem.

Dessa forma, o Estado – utilizando-se do argumento da repressão – se legitima através do dispositivo jurídico, o qual não determina, expressamente, a quantidade de drogas que determinam, com a precisão necessária, o usuário e o traficante, criminalizando e punindo os indivíduos que contrariam a moral e a lei, cumprindo suas funções oficialmente declaradas ou promessas legitimadoras, como a proteção de bens jurídicos que são de interesse social por meio do combate eficaz à criminalidade, instrumentalizado por meio das funções da pena.

Parafraseando Andrade, "é precisamente o funcionamento ideológico do sistema que perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções" (2012, p. 136).

A seletividade, conforme exposto por Andrade (2007, p. 81) é a função real e a lógica estrutural de funcionamento do cárcere, comum às sociedades capitalistas. Nada simboliza melhor a seletividade do que a composição da prisão ao revelar que a construção da criminalidade incide seletivamente sobre a pobreza e a exclusão social, de maioria masculina, e residualmente feminina.

De acordo com dados expostos pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018, 24% da população carcerária brasileira – na época formada por 602.217 presos – era decorrente do crime tipificado pela Lei 11.343/06. É evidente a numerosa criminalização – aproximadamente 144.000 indivíduos – e o poderio desenfreado do Estado na seletividade e repressão de certos crimes, encarcerando um certo grupo pré-selecionado de indivíduos, como demonstrado pelo argumento da determinação de traficantes e usuários de drogas.

Sabe-se que, historicamente, a grande parcela dos sujeitos encaminhados ao sistema carcerário pela participação no tráfico de drogas é composta por homens, já que se espera, da mulher, o protagonismo em crimes relacionados ao gênero, como o aborto e o infanticídio, ou participação em crimes envolvendo a figura masculina como mandante.

É crescente o número de mulheres que adentram o sistema carcerário, principalmente no que tange ao crime elencado neste trabalho.

Conforme dados extraídos do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), no ano de 2016, 62% da população carcerária feminina – mulheres que já haviam sido julgadas ou aguardavam julgamento – se encontravam no sistema prisional respondendo por crimes ligados ao tráfico de drogas. Dessa forma, três a cada cinco mulheres que adentram o sistema penitenciário, respondem por crimes envolvendo o tráfico.

Ao visualizar o crescimento considerável de mulheres no sistema carcerário pelo crime de tráfico de drogas, surgem questionamentos acerca do motivo pelo qual o protagonismo de um crime historicamente masculino vem sofrendo modificações atualmente.

À fala de Diniz, em uma entrevista feita no ano de 2018, a modificação do protagonismo no crime de tráfico de drogas pode ser associada

> "à falta de políticas sociais, porque o tráfico de drogas funciona como a base de uma renda familiar e não de criminalidade em si. Não dá para excluir também

> a crise financeira e o alto número de desemprego, mas o tráfico se tornou um mercado paralelo de sobrevivência". (DINIZ, 2018)

A condição da mulher no cárcere perpassa aspectos interligados à maternidade, abandono dos companheiros e condições precárias de sobrevivência. O levantamento do INFOPEN demonstra que 27% da população carcerária feminina tem entre 18 e 24 anos, sendo formada majoritariamente por mulheres negras (62%) e que possuem ensino fundamental incompleto (45%). A falta de políticas sociais que englobem a população majoritária aqui elencada contribui para a busca por alternativas que cessem o desemprego e a necessidade de sobrevivência em ambientes, muitas vezes, insalubres.

Como pontuado por Jacinto; Mangrich; Barbosa,

> "as mulheres que fazem parte do quadro de encarceradas do Presídio Feminino por tráfico de drogas geralmente são oriundas de localidades marginalizadas, não que esta seja uma causa do crime, mas, pelo contrário, essas mulheres são presas fáceis da seleção do sistema punitivo. A população marginalizada e excluída do mercado de trabalho, do consumo e da sociedade, tendo no sistema punitivo o funcionamento de uma "instituição total" para fazer com que "as prisões sejam máquinas de exclusão". (JACINTO; MANGRICH; BARBOSA, 2010)

A população carcerária feminina é veemente marginalizada pela área jurídica, tornando-as vítimas de um sistema altamente opressor e negligente, suscetíveis à perpetuação da exclusão e invisibilidade sustentadas por uma estrutura socialmente patriarcal.

O funcionamento interno do Sistema de Justiça Criminal e do controle social adquirem sua acepção quando são reconduzidos ao sistema social e inseridos nas estruturas que condicionam o capitalismo e o patriarcado, expressando e contribuindo para a reprodução e legitimação do controle seletivo classista e sexista, no qual a estrutura e o simbolismo de gênero operam dentre as entranhas de sua estrutura conceitual e instituições.

As ideologias patriarcais hierárquicas e sexistas contribuem para a reprodução e projeção das mulheres em legados deixados por "chefes de família" para que a manutenção do ofício se mantenha em contínuo funcionamento, além de contribuírem para a inserção feminina no crime do tráfico de drogas devido à tentativa de proteção de seus familiares, muitas vezes ameaçados dentro de ambientes prisionais por conta de dívidas, como exposto pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo em uma entrevista no ano de 2017.

> "De acordo com o Tribunal de Justiça (TJ-ES) e com a Defensoria Pública, na maioria dos casos, as mulheres têm até 40 anos, e acabam presas por tentarem entrar com drogas nos presídios. Quando flagradas, contam que foram obrigadas a praticar esse tipo de crime porque o familiar preso está sendo ameaçado de morte." (Gazeta Online, 2018)

Torna-se nítido o impacto da violência de gênero e da projeção das mulheres dentro do mundo do tráfico de drogas, evidenciando a multiplicidade de motivações, perpassando desde o contexto social ao qual está inserida – a necessidade de sobrevivência –, até o impacto causado por relações afetivas, exigindo que seja sustentado seu papel como "mulher" dentro da sociedade e o papel designado pela criminalização, demonstrando que seus papéis cotidianos não estão dissociados dentro do sistema punitivista criminal.

Sabe-se que, como exposto por Ramos,

> "a atuação do sistema penal reproduz o discurso sexista e classicista encontrado no meio social, assim "pune duplamente a mulher, seja por meio do controle formal (do poder judiciário a execução penal), seja pelo informal (família e sociedade)". (RAMOS, 2010)

Dessa forma, a pena da mulher encarcerada perpassa a dosimetria da pena, encontrando-se intimamente ligada sua à mortificação como sujeito social e possuidora de direitos, reforçando e tornando nítida a relação de dominação entre o sistema penal, os papeis de gênero e a dupla criminalização feminina.

A violência moral exercida pelo isolamento do cárcere retoma a ideia da mortificação da mulher presa quanto a um sujeito social. Essa mortificação é classificada por Benelli (2014, p. 28) como sendo uma "*primeira mutilação do eu, pois o indivíduo é despido de seu papel social*". Dessa forma, ao enclausurar-se uma mulher e privá-la de certos direitos, promove-se a mortificação de seu papel como possuidora de direitos e vontades, reduzindo-a a um objeto que deve ser contido.

À luz de Ramos,

> "quando as mulheres cometem infrações se 'comportam como homens', isto é, 'elas não apenas infringem regras sancionadas penalmente, mas, e, sobretudo, ofendem a construção dos papéis de gênero como tais. Desse modo, quando as infrações se realizam em um contexto diferente daquele imposto pelos papéis femininos, as infratoras são tratadas mais severamente que os homens. Com a mudança no perfil da "delinqüência" feminina, conseqüentemente, dos tipos penais, aumentam as formas de punição e de controle, pois elas não apenas infringem regras sancionadas penalmente, mas, sobretudo, ofendem a construção dos papéis de gênero'." (RAMOS, 2010, p. 27-28)

O problema, então, encontra-se nos desafios diários encontrados pela mulher criminalizada e a influência dos papeis de gênero impostos, inclusive, em certos tipos penais, em que a atividade atípica é esperada do gênero masculino, tal qual o crime de tráfico de drogas, objeto de estudo do presente trabalho. O sistema carcerário, ao deparar-se com a não usualidade da mulher no sistema criminal, passa a perpetuar, também, o domínio patriarcal nessa esfera.

Pode-se afirmar que o Sistema de Justiça Criminal é androcêntrico, ou seja, não refere-se unicamente ao privilégio masculino, mas também de forma em que torna universal as experiências dos homens, de forma a considerá-las como experiências gerais de todos os seres humanos, impossibilitando o reconhecimento igualitário às experiências femininas, constituindo um mecanismo de controle para condutas masculinas, praticadas por indivíduos deste gênero, tornando nítido o despreparo do Sistema diante da entrada de mulheres no Sistema.

Neste sentido, o sistema penal funciona como elemento de dispersão e exclusão, reproduzindo desigualdades e preconceitos de gênero. O que se quer definir é que a simples conversão do problema social em crime, o que o faz, automaticamente, entrar no sistema penal, não é a solução para o problema. Nas palavras de Andrade,

> "[...] redimensionar um problema e reconstruir um problema privado como um problema social, não significa que o melhor meio de responder a este problema seja convertê-lo, quase que automaticamente, em um problema penal, ou seja, em um crime". (ANDRADE, 2003, p. 118)

A vulnerabilidade dessa pequena – mas significativa – parcela carcerária é evidenciada através da falta de estrutura dos presídios brasileiros para lidarem com as necessidades encontradas por mulheres encarceradas. O suicídio é o causador de grande parte dos óbitos do sistema prisional. De acordo com levantamento do INFOPEN,

> "as chances de uma mulher se suicidar são até 20 vezes maiores entre a população prisional, quando comparada à população brasileira total. Entre a população total foram registrados 2,3 suicídios para cada grupo de 100 mil mulheres em 2015, enquanto entre a população prisional foram registradas 48,2 mortes autoprovocadas para cada 100 mil mulheres". (INFOPEN, 2016, p. 66)

Através dos dados fornecidos, é possível aferir que tal fragilidade se acentua à medida em que a condição psicológica e socioeconômica anterior ao cárcere não são levadas em conta na criminalização dessas mulheres, projetando o desamparo psicológico ao qual são submetidas e mascarando toda a questão social que integra

sua entrada ao tráfico de drogas, tornando evidente a complexidade a qual a mudança do protagonismo de um crime majoritariamente masculino está inserida.

O punitivismo encontrado no cárcere, exposto por Andrade (2012, p. 140), pondera a lógica e a função real do mecanismo de controle social que se identifica como um exercício de poder, de produção de subjetividades e reprodutor de estruturas e simbolismos. O Sistema de Justiça Criminal ocupa, também, um lugar significativo na manutenção do status quo social. Assim, as divisões sociais encontradas na sociedade constituem um instrumento material e ideológico fundamental para a economia do poder, onde várias relações de domínio encontram sua sustentação.

Tal qual disposto por Freitas,

> "a instituição familiar historicamente tem uma função fundamental dentro dos mecanismos de controle. Mesmo que na contemporaneidade a dinâmica familiar como um todo tenha se direcionado para outros formatos e configurações e não se organiza segundo os papéis exigidos às mulheres como reprodutora, e o do homem como provedor; diversas características ainda fazem com que a família seja para a mulher, o primeiro meio de domínio, sendo praticado através de leis abstratas com pano de fundo conceitual que na verdade, encobrem múltiplos formas de dominação". (FREITAS, 2017, p. 78)

Os mecanismos de controle, além do Estado, estão também concretizados hierarquicamente e historicamente através das instituições familiares. É esperado de uma mulher, em um ambiente familiar, o papel de educar e zelar pelos membros de sua família. Pontos "desviantes", como o fato de um dos membros adentrar o sistema carcerário, trazem à tona autoquestionamentos sobre o cenário esperado por sua atuação.

A esfera privada, eixo da dominação patriarcal, como pontuado por Andrade (2012, p. 141), representada como a esfera da reprodução natural, aparece como o lugar das relações familiares, reservando à mulher o protagonismo por meio do aprisionamento de sua sexualidade em função da reprodução, trabalho no lar e criação dos filhos.

A pressão exercida por si mesma sobre as diversas possibilidades de evitar o cenário ocorrido colaboram para sua entrada ao sistema carcerário como forma de defender e desempenhar o papel socialmente esperado. Os atributos necessários ao desempenho da subordinação e inferiorização e esperados por papéis de esposa, mãe e trabalhadora do lar são contraditórios quando comparados entre si, tendo em vista que a mulher é construída femininamente como uma criatura emocional, passiva e frágil, conforme exposto por Andrade (2007, p. 274).

Dessa forma, é possível iniciar o entendimento dos motivos que cercam o massivo número de mulheres que são encarceradas por transportarem pequenas quantidades de drogas ou por tentativas de adentrar centros prisionais com quantidades ínfimas de drogas.

3. O papel de gênero e as transgressões femininas

Para entender as influências das ideologias patriarcais na construção do punitivismo da mulher encarcerada por crimes relacionados aos artigos da Lei 11.343/06, é necessário que se analise, através da criminologia, o que é o criminoso e de que forma ele deve ser contido, principalmente do que tange à figura feminina no cárcere.

Através da Teoria do Etiquetamento Social, também conhecida como *labeling approach*, a análise sobre a criminalidade e o criminoso adquiriram uma posição pautada na "realidade social construída pelo Sistema de Justiça Criminal através de definições e da reação social", como pontuado por Baratta (2002, p. 11), em que o criminoso seria nada mais do que um *status* social determinado pelo sistema penal, de forma a estigmatizar o indivíduo socialmente negado por uma sociedade tomada por uma classe dominante, na qual o direito é ditado e criado como instrumento de dominação, conceituado por Marx (1997, p. 46) como sendo "apenas a vontade da vossa classe elevada a lei, uma vontade cujo conteúdo está dado nas condições materiais de vida da vossa classe".

Para Baratta, a criminalidade nada mais é do que

> "um 'bem negativo' distribuído socialmente em processos protagonizados por sujeitos-autores de comportamentos definidos como desviantes e sujeitos-detentores do poder de definir tais comportamentos como desviantes". (BARATTA, 2002, p. 12)

Dessa forma, a criminalidade é socialmente distribuída por uma classe dominante sobre indivíduos portadores de comportamentos considerados "desviantes" pelos detentores e pertencentes à um grupo majoritário que tornou o Direito um instrumento de criminalização de comportamento contrários aos considerados socialmente aceitáveis, induzindo a minoria "dominada" a submeter-se ao poder atribuído aos primeiros.

A criminologia crítica e seu progresso sob o *labeling approach* estariam, como elucidado por Baratta (2002, p. 15), "mostrando a relação dos mecanismos seletivos do processo de criminalização com a estrutura e as leis de desenvolvimento da formação econômico-social". A criminalização, assim, cumpre sua função de punir

certos comportamentos e indivíduos, mantendo hierarquia social imposta e servindo de "cobertura ideológica a comportamentos e sujeitos socialmente imunizados".

Como elencado por Davis,

> "o processo pelo qual a prisão se transformou no modo primário de punição infligida pelo Estado estava muito relacionado com a ascensão do capitalismo e com a aparição de um novo conjunto de condições ideológicas. Essas novas condições refletiam a ascensão da burguesia como classe social cujos interesse e aspirações promoviam novas ideias científicas, filosóficas, culturais e populares". (DAVIS, 2018, p. 21)

Dessa forma, o cárcere nasce da necessidade de disciplinar a marginalização instaurada por comportamentos reprimidos pela classe dominante, devendo ter como função principal a reeducação do indivíduo criminalizado. No que tange à feminilidade, a disciplina inicia-se na punição pelo desvio de seu papel social, o qual abre passagem para a realização de castigos e controle, bem como para o abandono afetivo.

Como mecanismo de controle, como elucidado por Andrade (2012, p. 133), o Sistema de Justiça Criminal está inserido na mecânica global de controle social, eis que não é possível reduzi-lo ao complexo estático da normatividade nem da institucionalidade, mas é idealizado como um processo articulado de criminalização ao qual concorrem os mecanismos de controle formal e informal, tais como família e escola.

Ocorre que o cárcere se torna ineficaz para a função educacional, já que a educação deve promover, sobretudo, a liberdade, acompanhada do autorrespeito. O cárcere, por outro lado, produz repressão e degradação desde o momento em que realiza a despersonalização dos indivíduos a ele imputados. Sob tal perspectiva, tem-se que se a pena não é capaz de socializar indivíduos violentos e institutos penais são incapazes de promoverem educação. (BARATTA, 2002, p. 17)

A degradação humana promovida pelo cárcere mostra-se acentuada no ambiente dos presídios, onde os apenados são privados de sua liberdade e auto respeito, já que não há chance de proteger sua integridade mental e física, que são retiradas de si a partir do momento em que o tratamento desumano instaurado mortifica sua essência como indivíduo, pois une a necessidade de disciplinarização da marginalização fixada pelo cárcere e a contenção da conduta reprovável pelos pilares da sociedade, o considerado "anormal".

Ao contrário de uma solução, o que se obtém com a criminalização de condutas de violência de gênero é uma duplicação da violência, ou seja, o fato de criminalizá-lo significa aumentar o conflito, não solucioná-lo (ANDRADE, 1997. 47 p.),

"[...] o sistema penal também transforma os problemas com que se defronta, no seu específico microcosmos de violência e poder", ou seja, o que o sistema faz é reduzir o problema ao caso concreto, não expandi-lo e tratá-lo de forma a entender suas causas de forma aprofundada, somente procurando por um culpado e parando a análise do crime na culpa.

Ressalta-se que a normalidade requerida pela sociedade não apenas baseia-se na boa conduta e moral, mas também ao esperado pelo gênero. As mulheres que se distanciam de condutas tipificadas como inerentes ao feminino, tal qual a responsabilidade conjugal e a boa conduta, voltando-se às condutas criminosas são taxadas, desde os primórdios, como sendo "significativamente mais aberrantes e muito mais ameaçadoras para a sociedade do que seus numerosos colegas masculinos", como exposto por Davis, 2018, p. 36.

O *status* público de uma mulher em tempos não tão distantes dos atuais, como sendo um indivíduo não possuidor de direitos, trouxe como consequência de seus atos divergentes à estrutura de preceitos de gênero, castigos físicos e punições baseadas em violência doméstica, tornando nítido que, por ser negado seu "*status* público como indivíduos que têm direitos, não poderiam ser facilmente punidas pela privação de tais direitos através da prisão" (DAVIS, 2018, p. 22). O mecanismo de controle que é dirigido às mulheres na esfera privada tem sido o controle materializado na família e tem-se como coparticipantes a religião e a moral, e paradoxalmente, a violência contra a mulher.

Dessa forma, a construção de instituições prisionais pautou-se na contenção do "anormal" interligado diretamente ao gênero masculino, deixando de adaptar tal realidade ao gênero feminino, isso porque

> "ao procurar entender essa diferença de gênero na percepção dos prisioneiros, deve-se ter em mente que, à medida que a prisão emergiu e evoluiu como a principal forma de punição pública, as mulheres continuaram sendo rotineiramente sujeitas a formas de punição que não foram reconhecidas como tal. Por exemplo, as mulheres foram encarceradas em instituições psiquiátricas em proporções maiores do que nas prisões. Estudos que indicam que as mulheres têm sido ainda mais prováveis em acabar em instalações mentais do que os homens, isso sugere que, enquanto prisões têm sido instituições dominantes para o controle dos homens, instituições mentais têm servido um propósito semelhante para as mulheres. Que enquanto os homens desviantes foram construídos como criminosos; as mulheres desviantes foram construídas como loucas". (DAVIS, 2018, p. 36)

Dessa forma, por serem as mulheres veemente vistas como "loucas" transgressoras da normalidade imposta, os moldes das penitenciárias se deram baseadas

nas necessidades masculinas, eis que "as criminosas eram vistas como tendo transgredido princípios morais fundamentais da feminilidade" (DAVIS, 2018, p. 38). Empiricamente, o sistema carcerário é composto, em sua maior parte, por indivíduos masculinos. No Código Penal, é nítida a variação de causas excludentes de culpabilidade, tais como o puerpério, e se espera mais mulheres em manicômios do que em prisões. A loucura é muito usada para descrever o sexo feminino, estigmatizando mulheres como sendo frágeis.

O tratamento adequado, portanto, tornou-se um ponto que por tempos trouxe questionamentos acerca das medidas que deveriam ser aplicadas em casos envolvendo crimes cometido por mulheres que possuíam comportamentos "desviantes", os quais eram atrelados, automaticamente, à loucura.

O encarceramento pautou-se, primordialmente, em condutas masculinas, tornando o espaço prisional algo pensado e voltado para os homens, devendo as mulheres encarceradas, ao longo do tempo, resguardarem-se e se adequarem aos ambientes inóspitos para suas condições físicas e psicológicas. A manutenção da mulher transgressora revela, através de documentos e relatórios, "uma situação de abandono (...), bem como a improbidade dos guardas no trato com as reclusas". (ARTUR, 2017, p. 25).

O que é possível se aferir de análises e fontes referentes às descrições do ambiente carcerário e da figura feminina ao século XIX é a "persistência do problema descrita em relatos similares: promiscuidade, insalubridade de toda ordem, maus tratos, ameaças, prostituição e abusos rotineiros". (ARTUR, 2017, p. 26).

Assim, a convivência forçada entre homens e mulheres em um ambiente prisional remete-se à necessidade da criação de estabelecimentos prisionais destinados apenas ao gênero feminino, o que fora atendido, por definitivo, após a promulgação do Código Penal vigente, no ano de 1940, que em seu artigo 37, *caput*, determinou que "as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo".

Apenas no ano de 1942 fora inaugurada a primeira instituição penitenciária feminina brasileira, no estado de São Paulo, nomeada "Presídio de Mulheres" e chefiada pela Irmã Maria Mathilde do Santíssimo Sacramento, dando início, assim, "à gestão da Congregação do Bom Pastor sobre as penitenciárias femininas paulistas". (ARTUR, 2017, p. 28)

A nomeação de uma congregação religiosa e católica para o controle de uma instituição penitenciária denota um aparato de repressão na organização dos indivíduos, de forma que o início do surgimento das instituições penitenciárias

femininas foi marcado por um regime comportamental baseado, ainda, em costumes morais e éticos, porém agora, no âmbito religioso.

Dessa forma, as questões de gênero envolvendo as condutas realizadas e as condutas esperadas pelas mulheres continuam se perpetuando ao longo da história, tornando claro o papel esperado pela sociedade, abarcando seu gênero e a suposta ressocialização prometida pelos institutos prisionais. A penitenciária é vendida à população como uma forma de o transgressor refletir sobre seus crimes e reformular seus hábitos enquanto é punido e criminalizado por seu comportamento "anormal" à moral e ao bom costume social.

A problemática acerca das condições femininas no cárcere encontram-se, ainda, pautadas sob a violação da dignidade humana, conceituada por Sarlet como sendo

> "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (SARLET, Ingo Wolfgang. 2006, p. 60)

Trazendo a discussão ao contexto atual do Brasil, a ressocialização mostra-se conturbada, ao passo que a população vulnerável, negra e pobre, sofre repressões cotidianas provindas do governo através de medidas repressivas como a PEC 3/2019, a qual propõe o encerramento do auxílio-reclusão destinado a famílias de segurados pela Previdência Social que forem presos e de baixa renda. Foi registrado, através de pesquisa, que em 2018, menos de 10% dos dependentes de apenados recebiam o auxílio, demonstrando-se desproporcional a proposta de emenda constitucional no intuito de extingui-lo.

A medida coloca em pauta o princípio da personalidade, encontrado na Constituição Federal, artigo 5°, inciso XLV, que prevê que a pena não passará da pessoa do condenado. O auxílio-reclusão é fonte de diversas famílias, eis que a fragilidade de uma família de baixa renda se acentua à medida em que um familiar adentra o sistema prisional, além de colocar em "cheque" a dignidade dos inúmeros indivíduos encarcerados em território nacional.

Tal fragilidade retoma à entrada de diversas mulheres no sistema prisional por conta do tráfico de drogas por dívidas familiares ou pela tentativa de prover sustento ao lar, eis que a atitude esperada da figura feminina é a de manter o núcleo

familiar intacto até que a figura masculina "dominante" retome à sua posição. A falta de políticas públicas que discutam a situação de família dependentes de entes presos contribui para a entrada de diversas mulheres no sistema, conforme exposto no capítulo 1 do presente artigo.

4. A raça como fator estruturante no sistema carcerário

Conforme aferido do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 62% da população prisional feminina era composta, no ano de 2016, por mulheres negras. A alta porcentagem da população negra encarcerada remete à Teoria do Etiquetamento Social, tornando evidente que a criminalização de certos comportamentos e indivíduos pré-selecionados é um problema real.

A pré-seletividade se acentua à medida em que a raça se torna fator determinante para a classificação do indivíduo como sendo "traficante" ou "usuário". O questionamento principal gira em torno da discussão sobre como a justiça criminal, a qual constantemente insiste no argumento de que não se utiliza da raça do indivíduo como fator determinante ao julgar, absolver e condenar pessoas, alcança resultados tão discriminatórios.

De acordo com Alexander:

> "O processo ocorre em duas etapas. O primeiro passo é conceder aos oficiais de aplicação da lei uma discrição extraordinária em relação a quem parar, procurar, prender e cobrar por delitos de drogas, garantindo assim que as crenças e estereótipos raciais conscientes e inconscientes terão livre reinado. A discrição desenfreada inevitavelmente cria enormes disparidades raciais. Então, a etapa condenatória: feche as portas do tribunal para todas as reivindicações de réus e litígios particulares de que o sistema de justiça criminal opera de maneira racialmente discriminatória. Exija que qualquer pessoa que queira contestar o viés racial no sistema ofereça, com antecedência, uma prova clara de que as disparidades raciais são o produto da discriminação racial intencional – ou seja, o trabalho de um intolerante. Essa evidência quase nunca estará disponível na era da daltonismo, porque todo mundo sabe – mas não diz – que o inimigo na Guerra às Drogas pode ser identificado pela raça." (ALEXANDER, 2010, p. 100-101, tradução livre)[3]

3. "The process occurs in two stages. The first step is to grant law enforcement officials extraordinary discretion regarding whom to stop, search, arrest, and charge for drug offenses, thus ensuring that conscious and unconscious racial beliefs and stereotypes will be given free reign. Unbridled discretion inevitably creates huge racial disparities.

Dessa forma, o processo até o resultado altamente discriminatório da justiça criminal perpassa por dois estágios. O primeiro é a concessão de discricionariedade à autoridade legal sobre quem "enquadrar" e prender por delitos de drogas, assegurando que os estereótipos raciais reinem livremente. O segundo estágio, conhecido como condenatório, consiste na vedação dos Tribunais às reivindicações dos réus os quais o sistema opera de maneira racista e na exigência de provas concretas de que a disparidade racial criminal é intencional. Tal evidência, na era do "daltonismo", não restará comprovada, eis que apesar de ser socialmente identificável, não se é aceito o argumento de que o inimigo na guerra às drogas é facilmente apontado pela raça.

Diante do cenário, é possível observar que a atuação do Estado está inserida no que Foucault (2001) chama de "emergência das técnicas de normalização", que consiste na autonomia e regras próprias da junção dos poderes judiciários e estatais, de forma a estender sua soberania por toda a sociedade se utilizando de um discurso organizado em torno do medo e da moralização, de forma a conter o "perverso".

À luz de Vera Malaguti Batista (2003, p. 51), no Brasil, a difusão do medo e do caos estrondoam políticas de exclusão de massas empobrecidas, eis que sociedades rigidamente hierarquizadas necessitam da morte e invisibilidade como espetáculo, sendo porta de entrada para o genocídio e encarceramento em massa.

Tal apontamento é nítido quando a análise do INFOPEN demonstra que, apesar de taxas de homicídio se reduzirem em certas épocas do ano, a prevalência de entrada no sistema criminal se mostra crescente. Como um sistema criminal, no ano de 2016, era detentor de 62% de condenações femininas por tráfico de drogas? O encarceramento em massa nos crimes de tráfico de drogas traz à tona os fatores determinantes para a classificação como "traficante" e "usuária". No ano de 2007, o índice de mulheres encarceradas por tráfico de drogas era de 49%. Em 2016, menos de uma década depois, os índices passaram a 62%. Ressalta-se que três a cada cinco mulheres adentram o sistema penal acusadas de serem traficantes, sendo que 62% da população carcerária feminina total, é composta por mulheres negras.

> Then, the damning step: Close the courthouse doors to all claims by defendants and private litigants that the criminal justice system operates in a racially discriminatory fashion. Demand that anyone who wants to challenge racial bias in the system offer, in advance, clear proof that the racial disparities are the product of intentional racial discrimination—i.e., the work of a bigot. This evidence will almost never be available in the era of colorblindness, because everyone knows —but does not say— that the enemy in the War on Drugs can be identified by race."

No Estado do Espírito Santo, conforme dados penitenciários extraídos no ano de 2015 conjuntamente entre o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Governo do Espírito Santo e Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS), a população carcerária estadual alcançava o oitavo lugar no *ranking* nacional, eis que foram contabilizados 18.371 indivíduos acautelados, sendo 1.141 mulheres, majoritariamente pertencentes à faixa etária de 18 a 24 anos (31,98%), com ensino fundamental incompleto (44,52%), dentre as quais 29,27% foram autodeclaradas negras.

O índice de ingresso feminino no sistema carcerário capixaba na macrorregião metropolitana pela tipificação nos artigos 33 e 35, caput da Lei 11.343/2006 era de 40,42%; na macrorregião norte de 40%; na macrorregião noroeste de 34,04%; e na macrorregião sul de 29,41%, sendo todas as estatísticas majoritárias em relação às diversas tipificações penais, reforçando o despreparo social e o encarceramento em massa provocado pela divisão entre "traficante" e "usuária".

Tal cenário evidencia a existência de fatores raciais influenciadores diretos nas sentenças condenatórias e nas prisões relativas ao crime de tráfico de drogas. É de conhecimento geral que pessoas de todas as raças são usuárias e traficantes de drogas, mas que indivíduos pré-selecionados são penalizados pela prática. Como pontuado por Alexander:

> "O problema é que embora a raça seja a única razão para uma parada ou busca, ela é frequentemente uma razão determinante. (...) Pessoas situadas de maneira semelhante inevitavelmente são tratadas de maneira diferente quando a polícia recebe permissão para se debruçar em estereótipos raciais ao tomar decisões discricionárias."[4] (ALEXANDER, 2010, p. 129, tradução livre)

O problema reside na permissão para se confiar em estereótipos raciais nas decisões, de forma discricionária. A supervisão policial e o assédio não são realidades apenas aos criminosos condenados e rotulados, mas também dos indivíduos que se parecem com criminosos. As rotulações raciais são diariamente alimentadas e reforçadas inclusive pela mídia, que por diversas vezes se dirigem a negras e brancas de formas distintas em manchetes. Apesar de ser imputado o artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06 para ambos, a mulher branca, geralmente, não tem exposta sua condição econômica e profissão como forma subjetiva de justificação do delito.

4. "The problem is that although race is rarely the sole reason for a stop or search, it is frequently a determinative reason. (...) Similarly situated people inevitably are treated differently when police are granted permission to rely on racial stereotypes when making discretionary decisions."

Assim, o que se tem é a retomada de um paradigma jurídico posto na modernidade, eis que retoma-se à ideia de que o Direito Positivo é detentor de toda solução de conflitos possível para a sociedade, negando as demais formas de solução.

A necessidade punitivista social, pautada em uma estrutura patriarcal e racista, alimenta a superlotação do sistema carcerário e reforça a ideia da população negra como sendo a única transgressora das normas sociais, demonizando as condutas negras e transformando os indivíduos nunca em suspeitos, mas criminosos, mesmo antes da sentença condenatória.

O cenário encontrado no Sistema Criminal é a prova de que este negligencia os direitos fundamentais dos indivíduos acautelados e sentencia pessoas negras por pertencerem à tal etnia, evidenciando a necessidade de uma atuação de grupos contrários ao tratamento imposto pelo Estado, para que a punição passe a incidir sobre o fato praticado pelo agente, e não sobre sua existência.

5. Conclusão

Através do desenvolvimento do presente artigo foi possível analisar, através da criminologia crítica e da teoria do etiquetamento social, como a população carcerária é veemente marginalizada tanto por questões das ideologias patriarcais que requerem da mulher um certo tipo de comportamento quanto pela área criminal, tornando-as duplamente vítimas de um sistema altamente opressor e negligente, suscetíveis ao abandono social por parte dos companheiros ao se verem inseridas no contexto prisional e condenadas, antes mesmo da sentença, por serem mulheres transgressoras dos comportamentos sociais impostos e por estarem inseridas em uma sociedade a qual se debruça sob etnias para moldar estereótipos relacionado à crimes.

Dessa forma, a transição entre a inexistência de instituições exclusivamente femininas até as atuais penitenciárias femininas percorreram os ínfimos caminhos da necessidade de conter a periculosidade social e marginalização de ações consideradas "anormais" por uma classe social dominante e dotada de poder, estigmatizando a mulher criminosa e, principalmente, negra, aplicando como forma de sanção, a exclusão social e acentuando a disparidade social e racial encontrada dentro da realidade do sistema penitenciário brasileiro.

É preciso que assuma-se a posição de combate ao racismo estrutural dominante na esfera criminal brasileira, enfrentando o poderio absoluto Estatal no que se refere à condenação da população negra prévia à sentença, sendo o punitivismo de duplo viés quanto trata-se da parcela feminina do referido grupo, vítima da violência plurifacetada reproduzida através das relações sociais patriarcais e, primordialmente, capitalistas.

Urge como pauta de discussão no ramo da criminologia crítica a necessidade de discussões e visibilidade acerca do silenciamento das vozes negras encarceradas, além da criação de políticas públicas voltadas para a prevenção e tratamento de mulheres que se encontram responsáveis pelo sustento do núcleo familiar, bem como de figuras femininas que possuem os laços parentais e familiares fragilizados por conta de históricos de agressões relacionadas ao desemprego ou mesmo ao envolvimento com o tráfico de drogas, eis que o último se mostra uma importante questão de saúde pública no que tange à falta de controle da produtividade e disponibilidade, a criação de um mercado ilegal e a alta violência e truculência com a qual é tratada a população negra, a qual tem vidas ceifadas e estigmatizadas diariamente no Brasil, evidenciando a consolidação da Teoria do Etiquetamento Social.

6. Referências

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness. Nova Iorque: The New Press, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de Construção da cidadania. *Revista Seqüência*. Santa Catarina, v. 18 n. 35, 1997. Disponível em: [https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15645/14173]. Acesso em: 12.03.2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima*: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. v. 1.

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

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENELLI, Silvio José. *A lógica da internação*: instituições totais e disciplinares (des)educativas. São Paulo: UNESP, 2014. v. 1. Disponível em: [http://books.scielo.org/id/74z7q]. Acesso em: 16.03.2020.

DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2018.

FIDELES, Nina. *Governo Bolsonaro pretende acabar com o auxílio-reclusão*. Brasil de Fato, Vitória, 15 de fevereiro de 2019. Direitos Humanos. Disponível em: [www.brasildefato.com.br/2019/02/15/governo-busca-o-fim-do-auxilio-reclusao-entenda/]. Acesso em: 18.04.2019.

FREITAS, Marta Bramuchi de. *Memórias de mulheres encarceradas e o trabalho no tráfico de drogas*. 2017. Dissertação (Mestrado em Memória: Linguagem e Sociedade). Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade – PPGMLS. Vitória da Conquista, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

JACINTO, Gabriela; MANGRICH, Cláudia Souza; BARBOSA, Mario Davi. Esse é meu serviço, eu sei que é proibido: Mulheres aprisionadas por tráfico de drogas. Âmbito Jurídico. Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8513]. Acesso em: 09.05.2019.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) Mulheres – 2ª ed. / organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et al.]. – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 2. ed. Lisboa: Editorial Avante, 1997. Disponível em: [www.pcp.pt/sites/default/files/documentos/1997_manifesto_partido_comunista_editorial_avante.pdf]. Acesso em: 28.06.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEIXEIRA ARTUR, Angela. *Práticas do encarceramento feminino*: presas, presídios e freiras. 2017. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO/GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO/SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA, 2015. *Informações Penitenciárias do Espírito Santo*. Disponível em: [www.tjes.jus.br/PDF/materias/informacoes_penitenciarias_es.pdf]. Acesso em: 15.03.2020.

VINHAL, Gabriela. Número de mulheres presas cresce 656%; Brasil é o 4º país que mais prende. *Correio Braziliense*, Distrito Federal, 11 de junho de 2018. Brasil. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/policia/2017/11/mulheres-entram-no-mundo-do-crime-para-proteger-parentes-presos-1014108323.html]. Acesso em: 13.04.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Encarceramento feminino por tráfico de drogas no Brasil: a estratégia neoliberal de exclusão das mulheres à margem do sistema capitalista, de Priscylla Kethellen Viana e Franciele Silva Cardoso – *RBCCrim* 146/613-647 (DTR\2018\18312);
- Mulheres e drogas sob o cerco policial, de Helena Rocha C. de Castro e Manuela Abath Valença – *RBCCrim* 146/483-514 (DTR\2018\18289);
- Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero, de Maria Palma Wolff e Márcia Elayne Berbich de Moraes – *RBCCrim* 87/375-395 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/429-448 (DTR\2010\865); e
- Vítimas condenadas: uma análise crítico-criminológica sobre o impacto da guerra às drogas em mulheres na América Latina, de Taiguara Libano Soares e Souza e Michelle Mendes Meireles Silva – *RT* 999/43-65 (DTR\2018\22779).

Justiça pós-penal: hora de propor

Post-Penal Justice: time to propose

Clécio Lemos

Pós-Doutor em Direito pela Columbia University (2019). Doutor em Direito pela PUC-Rio com período sanduíche na Università degli Studi di Padova (2018).
ORCID: 0000-0003-3316-2375
cleciojus@gmail.com

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos; Fundamentos do Direito

Resumo: Atendendo ao chamado para uma política crítica contemporânea, o presente artigo vem apresentar uma proposta nos estudos jurídicos. Diante das consistentes pesquisas que diagnosticam as graves falhas da justiça penal, principalmente decorrentes do confisco do conflito, do desprezo pela vítima e do enorme fracasso das punições como forma de reduzir violações de direitos, aqui se adere à percepção de que tais equívocos são tão intrínsecos ao formato penal que não podem ser pontualmente reparados, concluindo pela necessidade de pensar uma nova justiça para conflitos graves. Neste objetivo, apresenta três diretrizes para uma nova atuação judicial pós-penal: mediação, priorização das vítimas, decisão reparatória.

Palavras-chave: Políticas – Criminologia – Justiça – Penal – Pós-penal.

Abstract: Given the call for a contemporary critical policy, this article presents a proposal in legal studies. In the face of consistent research that diagnoses the serious failings of criminal justice, mainly arising from the confiscation of the conflict, the disdain for the victim and the enormous failure of punishments as a way of reducing serious violations of rights, it adheres to the perception that such misconceptions are so intrinsic to this format that they can not be punctually repaired, concluding that there is a need to think about a new judicial model on serious conflicts. In this objective, it presents three guidelines for a post-penal justice: mediation, prioritization of victims, reparatory decision.

Keywords: Politics – Criminology – Justice – Penal – Post-penal.

Sumário: 1. Hora de propor. 2. Da crítica penal à justiça pós-penal. 2.1. Mediação. 2.2. Priorização das vítimas. 2.3. Decisão reparatória. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Hora de propor

"O que há a ser feito?", assim Bernard Harcourt iniciou em 1º de setembro de 2018 seu esboço teórico anunciando o novo ciclo do seu tradicional curso de 13 conferências oferecido na Universidade de Columbia.[1] Critique & Praxis é uma convocação do pensamento crítico para encarar os desafios do presente momento e pensar o futuro, fazendo com que as críticas possam se transformar em práticas e estratégias de mudança efetiva da realidade.

Ao analisar a história do pensamento crítico, Harcourt percebe a existência de uma fratura central pendente. O pensamento marxista, iniciado no século XIX e renovado pela primeira Escola de Frankfurt no século XX, que trazia em si um saber moldado em torno de uma coesão interpretativa (materialismo histórico e luta de classes) e propositiva (práxis centrada na revolução), acabou sendo confrontado pelo movimento pós-estruturalista a partir da década de 1960, sendo postas em dúvida algumas das premissas até então predominantes.[2]

Segundo o autor, há um cisma no coração do pensamento crítico desde então. O pensamento tradicional vê-se diante de uma corrente antifundacionalista, simbolizada pelo maio de 1968, e desde então sua moldura se viu fissurada, movida em inúmeras direções. Diferentes conceitos de poder, desejo e subjetividade trouxeram várias novidades, apontando uma inevitável renovação nos diagnósticos das questões políticas contemporâneas.

O grande problema, todavia, é que essa ruptura do horizonte comum da crítica acabou gerando um vácuo propositivo. Foucault, Deleuze, Guattari, Derrida, e outros tantos, forneceram inovações teóricas essenciais e inadiáveis, mas com isso trouxeram uma lacuna no campo utópico. Desde esse ponto, o pensamento crítico se encontra numa encruzilhada, deixando o campo propositivo pendente de novidades relevantes.[3]

Se o dever do pensamento crítico é não apenas interpretar o mundo, mas efetivamente mudar o mundo, nas últimas décadas pode-se constatar um desnível entre estas duas tarefas. Claro que mudar as interpretações já é operar mudanças

1. Os encontros foram de 12 de setembro de 2018 a 8 de maio de 2019, cada um deles com base em textos preestabelecidos e reunindo grandes pesquisadores da teoria crítica mundial. O conteúdo está acessível em: [http://blogs.law.columbia.edu/praxis1313/].
2. HARCOURT, Bernard. *Critique & praxis*. New York: Columbia University, 2018. p. 7.
3. HARCOURT, Bernard. *Critique & praxis*. New York: Columbia University, 2018. p. 63.

no mundo, pois os saberes constituem poderes, mas a vocação de alterar o mundo precisa também de um esforço político propositivo, a fim de lançar novas práticas. Novas políticas também geram novos saberes.

Sem dúvidas, é possível dizer que tal carência criativa afeta também profundamente o pensamento crítico jurídico, que restou muito mais comprometido com a avaliação da realidade do que propriamente em pensar novas formas de intervir. Dentro desse cenário, a dita inércia parece ilustrar bem o campo penal-criminológico das últimas décadas, que teve imensos avanços no diagnóstico da justiça criminal, mas cujas propostas se mantiveram tímidas.

Nem mesmo os críticos supostamente mais ferrenhos da justiça penal, os chamados abolicionistas, ficaram isentos dessa fragilidade. Também eles se ligaram muito mais à margem analítica, deixando a lacuna propositiva aberta aos agentes de viés conservador, conforme bem anota Sebastian Scheerer:

> "O que piora tudo é a obstinada negativa dos abolicionistas de reconhecer este negativismo como um signo de imaturidade ou incapacidade. Pelo contrário, a apresentam com orgulho, como um princípio fundamental de seus ensinamentos e o denominam de "o inacabado" (Mathiesen), deixando a formulação de alternativas para aqueles que têm o poder."[4]

A opção geral por um "não intervencionismo" por parte dos críticos da justiça penal, que parecem ter se reservado a defender políticas sociais apenas para fora do poder judiciário, forneceu uma "benevolente licença para negligenciar" o pensamento propositivo jurídico, deixando o pensamento penal preponderar e moldar o âmbito de mudanças possíveis no tocante a "fazer justiça".[5]

A potência do pensamento criminológico de vanguarda tem sido inegável no intento de desestabilizar as verdades em torno dos dois grandes pilares dos pensamentos da justiça penal – crime e pena – todavia, pouco se pensou em modelos que verdadeiramente escapem do "problema da punição". As mais contundentes avaliações dos estragos do formato punitivo estatal ainda não foram convertidas

4. SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN (Orgs.). *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989. p. 24.

5. COHEN, Stanley. *Visions of social control:* crime, punishment and classification. Malden: Polity Press, 1985. p. 268. MATTHEWS, Roger. *Realist criminology*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014. p. 26.

em uma produção de mesma grandeza no tocante ao desafio de como reagir diante desses problemas.[6]

Perante esse quadro, e atendendo ao chamado de Harcourt, o presente artigo pretende fomentar diretrizes para o campo propositivo para além da justiça penal. É preciso ultrapassar o quadro de possibilidades que a filosofia penal nos ensinou, devemos pensar novas governamentalidades (poderes) a partir das novas verdades (saberes) e subjetivações (sujeitos) pretendidas. Mais especificamente, do direito de não sermos mais coniventes com a forma com que o poder judiciário moderno promove o governo dos outros, deve brotar a pergunta "O que há a ser feito sobre a justiça penal?", à qual queremos endereçar fatalmente a resposta: é preciso elaborar uma justiça pós-penal.

2. Da crítica penal à justiça pós-penal

O quadro de diagnóstico crítico do formato penal alcançou grande maturidade. Há uma farta produção criminológica desnudando os eixos centrais do fracasso da justiça moderna ocidental, a convergência das análises que advém de pesquisadores de todos os países do oeste mundial remete ao fato de que há uma série de drásticos problemas que se repetem em um formato quase padronizado desde o século XVIII.

Em síntese, analisando este acúmulo teórico, podemos dizer que a crítica criminológica aponta para três grandes falhas que podem ser consideradas centrais ao modelo penal: 1) o confisco do conflito pelo Estado; 2) o desprezo pela vítima do ato ilícito; 3) o fracasso da punição.

Segundo muitos notaram, uma característica essencial do modelo penal é que os conflitos descritos legalmente como crime são "roubados" pelo Estado. As partes envolvidas, agressores e vítimas, perdem o direito de lidar diretamente com o fato ocorrido, pois a justiça penal toma tal ocorrência como sendo de interesse público, definindo a partir de então formas fixas de pretensa "resolução" do caso que ignoram o desejo das pessoas concretas. Tudo se passa à revelia das partes, a justiça penal não se importa sobre como elas interpretam o ocorrido nem como elas pretendem resolvê-lo, a lei presume a existência de um conflito e igualmente presume a resposta correta de forma não democrática.[7]

6. COHEN, Stanley. *Visions of social control:* crime, punishment and classification. Malden: Polity Press, 1985. p. 237.

7. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2002. p. 66. CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *British Journal of Criminology*,

Outro problema fundamental da justiça penal foi sua enorme negligência com relação às vítimas. Propondo-se a solucionar os conflitos por meio de medidas exclusivamente direcionadas ao agressor, ela acabou por gerar imenso desprezo pelas necessidades e demandas concretas das pessoas ofendidas, restando inteiramente insatisfatória como veículo de apoio. Dando por suficiente o processo penal e a punição que recai sobre o acusado, fica a vítima passiva e ignorada diante dos danos que lhe ocorreram.[8]

Em terceiro lugar, há a constatação da grande inabilidade do formato punitivo para ajudar na pacificação dos conflitos humanos e na redução de atos criminosos. Analisada cuidadosamente, o uso da pena acumula um imenso rol de consequências danosas para o condenado e para a sociedade, bem como se apresenta pouco eficaz em alcançar seus objetivos oficiais de prevenção criminal. Até o presente momento, os sofrimentos reais provocados pelas penas não se mostraram justificáveis diante dos sofrimentos que supostamente evita, e a opção pelo formato punitivo não se comprovou mais eficiente para prevenção de violências que os formatos de intervenção de emergência e de intervenção reparatória.[9]

---

v. 17(1), 1977. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993. p. 95. SWAANINGEN, René van. What is abolitionism? An Introduction. In: BIANCHI, Herman; SWAANINGEN, René van (Orgs.). *Abolitionism*: towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free university Press, 1986. p. 16. COHEN, Stanley. *Against criminology.* New Jersey: Transaction Books, 1988. p. 229. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*: for a social theory of deviance. New York: Harper & Row, 1974. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

8. CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista*: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 290-292. PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP,* n. 68, março, 2004. p. 57-60. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime:* a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998. p. 161. MATHIESEN, Thomas; HJEMDAL, O. K. A new look at victim and offender: an abolitionist approach. In: *Justice, power and resistance*. Foundation volume, 2016. p. 138. HULSMAN, Louk. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises,* v. 10, 1986. p. 76. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

9. COUNCIL OF EUROPE. *Report on decriminalization*. Estrasburgo: 1980. p. 174. SKINNER, B. F. *Ciência e comportamento humano.* Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo

Se todo poder produz e sustenta saberes, funciona por meio de saberes, isso significa que há uma coemergência entre fatos e pensamentos.[10] As novas descobertas do pensamento crítico desestabilizam saberes que pareciam inabaláveis, deixando inúmeras interrogações sobre as justificações penais clássicas e abrindo espaço para mudanças no poder. O exercício das práticas penais depende e reforça suas racionalidades, logo, tais racionalidades têm mesmo nível de relevância dos atos praticados.[11] A justiça penal só atua porque é uma somatória de atos e efeitos de verdade, em movimento cíclico: atos que promovem verdades, verdades que promovem atos.

Logo, confrontar o saber penal com estes novos dados nos fornece condições de perceber a existência de uma "objetificação do presente",[12] ou seja, notar como os pressupostos sobre os quais opera a justiça criminal parecem ser uma rígida realidade, e que exatamente por isso a justiça penal não é mais vista como apenas uma resposta institucional, mas como a única resposta institucional possível. O modelo penal se infiltrou tão profundamente em nossa cultura e subjetividade que já não parece possível pensar fora de seus padrões.[13]

Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 199. SWAANINGEN, René van. What is abolitionism? An Introduction. In: BIANCHI, Herman; SWAANINGEN, René van (Orgs.). *Abolitionism*: towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free university Press, 1986. p. 9-12. HARCOURT, Bernard E. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambrige: Harvard University Press, 2004. p. 247-248. BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 272. SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: Malloch et al. (Eds.). *Crime, critique and utopia*. Londres: Palgrave Macmillan, 2013. p. 93. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991. BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos,* ano 3, n. 5/6, Rio de Janeiro, 1998. MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*. Second english edition. Winchester: Waterside Press, 2000. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

10. LEMOS, Clécio. *Foucault e a justiça pós-penal*: críticas e propostas abolicionistas. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
11. HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 245.
12. VORUZ, Veronique. Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question. *Theoretical Criminology,* 15 (1): p. 1-19, 2010.
13. NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 21.

Todavia, diante dos diagnósticos negativos e contundes, seria de se perguntar: é possível corrigir tais defeitos com reformas pontuais ou devemos transcender o modelo penal? Até o presente momento, na imensa maioria dos casos o pensamento propositivo se manteve no âmbito da reforma, alcançando eventualmente alguns avanços, mas não solucionando os principais problemas apontados.

Considerando que as drásticas falhas levantadas se encontram enraizadas nos mais cruciais princípios do formato penal, tudo indica que a solução real demanda uma transformação mais profunda. Uma vez encaradas as mudanças necessárias, o que há de vir já não pode ser denominado penal, pois não guarda relação com as bases deste estilo jurídico. O novo já não convém ser chamado de penal, ele é pós-penal.

Não que pensar boas reformas seja irrelevante, qualquer avanço "interno" no sentido de contribuir para amenizar alguns dos defeitos do âmbito penal deve ser muito bem-vindo.[14] Entretanto, é preciso ter consciência da provisoriedade dessas alterações, cabe desenhá-las como auxiliares para uma progressiva ruptura do modelo, mas de forma que não se perca o foco de que o essencial é pensar um caminho "externo" ao formato penal. É preciso que estejamos abertos a pensar algo realmente diferente do que hoje é feito.

Foucault desde sempre notou que os pensamentos e as práticas judiciais compunham uma peça importante do arranjo político, bem por isso dedicou-se a estudá-los especialmente entre os anos 1971 e 1975, e no curso de 1976 ele concluiria pela necessidade da elaboração de um "direito novo", cujo cerne deveria ser diverso dos mecanismos de poder típicos da modernidade.[15]

Na década de 1980, em sua fase científica mais complexa, Foucault notaria que a presença do poder em todas as relações humanas deflagrava necessariamente uma possibilidade inventiva de resistência e mudança. Ao contrário do que muitos concluíam, a presença das múltiplas governamentalidades pressupõe múltiplas liberdades, como apontou a entrevista "A ética do cuidado de si como prática da liberdade", concedida no ano de sua morte:

> "Quero dizer que, nas relações humanas, quaisquer que sejam elas – quer se trate de comunicar verbalmente, como o fazemos agora, ou se trate de relações amorosas, institucionais ou econômicas –, o poder está sempre presente; quero dizer, a relação em que cada um procura dirigir a conduta do outro. (...)

14. MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition revisited*. Londres: Routledge, 2015.

15. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 34.

> Isso significa que, nas relações de poder, há necessariamente possibilidade de resistência, pois se não houvesse possibilidade de resistência – de resistência violenta, de fuga, de subterfúgios, de estratégias que invertam a situação –, não haveria de forma alguma relações de poder. Sendo esta a forma geral, recuso-me a responder à questão que às vezes me propõem: 'ora, se o poder está por todo lado, então não há liberdade'. Respondo: se há relações de poder em todo o campo social, é porque há liberdade por todo lado."[16]

Logo, se o exercício do poder pode ser traduzido como "ação sobre ação"[17], ele exige a liberdade de alguém ser conduzido, e isto pressupõe um espaço constante para agir e contra-agir, abrindo caminho para pensar novas coordenadas para a política. Tomando por base este conceito "positivo" de poder, a presença do poder deve ser considerada inevitável nas relações humanas e a questão não é apelar para um antipoder, mas buscar um direito de "não ser governado desta maneira"[18], permitindo assim desatar o espaço propositivo em busca de novas relações e novos arranjos.[19]

É possível que a complexificação da análise criminológica se converta em uma nova forma de idealizar respostas institucionais aos graves conflitos humanos. Se a teoria crítica foi capaz de trazer com tamanha qualidade o conclusivo descrédito com relação à justiça criminal, agora ela deve ser hábil a promover uma nova forma de justiça. Não basta criticar, é fundamental iniciar um novo campo de propostas para que as falhas identificadas sejam traduzidas em soluções, e a demonstração de novas saídas tende a tornar ainda mais claras as limitações do formato penal.

Encontrada esta demanda, vale uma movimentação a fim de idealizar novas ferramentas para lidar com os problemas que até então somente a justiça penal parece pretender enfrentar. Sendo certo que continuarão existindo graves

16. FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: *Ética, sexualidade, política* (Ditos e Escritos V). Trad. Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 276.
17. FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (Orgs.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, 1995. p. 248.
18. FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Trad. Antonio C. Galdino. Revisão da tradução Stella Fuser Bittar. *Cadernos da Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP*, Marília, v. 9, n. 1, 2000. p. 173.
19. HARCOURT, Bernard. *The counterrevolution:* how our government went to war against its own citizens. New York: Basic Books, 2018. p. 340.

conflitos humanos, há urgente necessidade de que seja pensada uma justiça que supere os problemas do modelo penal e promova melhor convivência social. Extinguir os problemas provocados pela justiça penal seria um avanço, mas continuaria pendente a organização do auxílio institucional com relação a alguns dos mais relevantes danos sociais.

> "Aqueles que rejeitam a justiça criminal se defrontam com uma questão inevitável: 'então o que você colocaria no lugar?' Esta é uma pergunta legítima. Problemas sociais são reais e precisam de soluções; os danos experienciados, particularmente pelos mais marginalizados, são assustadoramente reais; e os conflitos igualmente são reais. Eles todos requerem soluções e respostas concretas."[20]

Simplesmente extinguir a justiça penal remeteria os conflitos para o direito privado, todavia, é razoável reconhecer que alguns dos mais graves conflitos humanos necessitariam de meios que esta seara não parece ainda fornecer. Cabe pensar novas diretrizes jurídicas para lidar com graves danos físicos, graves danos morais e graves ameaças de dano, pois o caráter mais aviltante destes atos justifica uma atenção especial.

O apoio de uma instituição é fundamental nas sociedades complexas e de larga escala, e o Estado pode ser a melhor opção. Para tanto, é preciso lembrar que Estado não pressupõe o uso do modelo penal, aliás, o próprio Estado não tem essência.[21] Dispensando qualquer Estado-fobia ou Estado-centrismo, o uso da justiça estatal pode ser configurado segundo novas diretrizes, pois a história de uma instituição não determina os propósitos futuros aos quais ela pode servir.[22]

Isso não deve remeter à famosa "miragem jurídica"[23], que pretende ver as normas sociais provindo e sendo todas controladas pelo judiciário. É claro que os poderes circulam na sociedade muito além da influência do Estado, mas considerando que ele é uma instituição de grande peso no arranjo social, pode ser

20. MOORE, J. M.; ROBERTS, Rebecca. What lies beyond criminal justice? Developing transformative solutions. *Justice, Power and Resistance,* Foundation Volume, 2016. p. 116.

21. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008. p. 105. ROSE, Nikolas; O'MALLEY, Pat; VALVERDE, Mariana. Governamentality. *Annual Review of Law and Social Science,* 2006. p. 87.

22. VALVERDE, Mariana. *Michel Foucault*. New York: Routledge, 2017. p. 19.

23. FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e verdade:* curso no Collège de France (1980-1981). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016. p. 90-91.

útil para fomentar novas formas de pensar e reagir. Sendo o poder uma atividade inevitável, a questão é pensar o "como". Onde houver relações humanas, "mecanismos regulatórios sempre irão existir".[24] Consequentemente, diante das violências e injustiças, devemos ter a possibilidade de questionar os métodos jurídicos utilizados e ousar sugerir novos.

Usando a linguagem do "terceiro Foucault"[25], poderíamos dizer: com base em certas "veridicções", a modernidade ocidental inventou e instituiu uma forma de "governamentalidade" penal, visando fomentar certas "subjetivações". Logo, quando o corpo teórico crítico vem e muda as "veridicções", não resta outro caminho senão elaborar uma nova "governamentalidade" jurídica para tentar promover novas "subjetivações".

A política deve assumir seu lugar definitivo na teoria crítica jurídica, e aqui ela remeterá à idealização de um novo formato de justiça que deve brotar justamente dos fracassos da experiência penal. Assim, a proposta inicial de uma justiça pós-penal será pensada a partir de três diretrizes: 1) mediação; 2) priorização das vítimas; 3) decisão reparatória.

2.1. Mediação

A justiça penal nunca se importou realmente com a efetiva pacificação dos conflitos humanos, tanto é que a existência de lide entre as partes sempre foi algo amplamente desinteressante ao modelo. Basta notar alguns traços básicos de seu funcionamento: há inúmeras descrições criminosas que de fato não representam conflitos (ex: crime de tráfico de drogas); as pessoas envolvidas não podem definir por conta própria sua valoração do ato; as pessoas envolvidas não podem decidir como resolver o conflito.

Estar realmente preocupado com a resolução dos problemas significa começar por colocar novamente o conflito no centro da questão, e para tanto é fundamental convocar as partes como protagonistas. Atender a este chamado exige que seja incentivada a interação dos envolvidos e que eles tenham voz decisiva perante o problema, por isso um primeiro passo deveria ser priorizar a resolução direta.

Uma solução que passa pela interação dos envolvidos e a comunidade tem maior poder de fomentar coesão social, na medida em que a decisão não provém

24. HARCOURT, Bernard. *Critique & praxis*. New York: Columbia University, 2018. p. 79.

25. FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade*: curso no Collège de France (1983-1984). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 10.

de alguém fora de contexto. Diante das especiais possibilidades que o diálogo fornece em termos de agregação coletiva, o conflito passa a ser visto como uma oportunidade para que valores comuns sejam discutidos e reafirmados, bem como sejam estreitados novos laços.

> "Tratar-se-ia, assim, antes de tudo, de reconstituir um tecido social feito de solidariedade e de responsabilidade, frequentemente desaparecido nas sociedades contemporâneas. Com efeito, o sistema está baseado em quatro princípios: é preciso sempre buscar e aceitar o lado positivo de cada conflito; as manifestações pacíficas no interior da comunidade reduzem as tensões existentes e aumentam as chances de encontrar uma solução real; é necessário que o indivíduo e a comunidade aceitem a responsabilidade de seus próprios conflitos; a solução voluntária de um conflito é necessária e encoraja um espírito de cooperação na comunidade."[26]

Processos de reconciliação fundados no entendimento recíproco tem melhor capacidade de ressignificar danos passados e construir novas possibilidades para o futuro. Ao contrário do distanciamento inerente a uma sentença alheia à vontade das partes, a construção de uma saída pelos próprios interessados tem poder de estabelecer relações que tendem a ser mais satisfatórias e permanentes.[27]

Em termos institucionais, fomentar resolução direta pode ser traduzido como usar técnicas de mediação.[28] Estando pendente uma insatisfação das partes perante o conflito, há formas de facilitação para que as pessoas encontrem uma solução convergente, evitando assim que um terceiro interceda de forma impositiva sobre a situação. Segundo se aponta, há inúmeras vantagens em uma solução alcançada dessa maneira, incentivando um senso social de responsabilidade mútua que tende a gerar efeitos mais duradouros.[29]

---

26. DELMAS-MARTY, Mireille. Os grandes sistemas de política criminal. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 312.
27. Vale destacar aqui inclusive efeitos positivos de larga escala, como parece ter alcançado o processo de reconciliação nacional pós-aphartheid na África do Sul, por meio da Comissão da Verdade e Reconciliação. TUTU, Desmond. *No future without forgiveness*. New York: Doubleday, 1999. p. 54. SCHEERER, Sebastian. Um desafio para o abolicionismo. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Orgs). *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 233.
28. Aqui emprego a palavra "mediação" em sentido amplo, incluindo as práticas de conciliação.
29. WILLIAMS, Brian. *Victims of crime and community justice*. London: Jessica Kingsley Publishers, 2006. p. 27-32.

Por óbvio, há que se tomar os devidos cuidados para que os pactos sejam feitos de forma livre, sem coerção. Todavia, esta preocupação é comum também ao Direito Civil, e não parece haver nenhuma dificuldade adicional no caso dos conflitos que são hoje entendidos como pertencentes ao campo penal. Invalidar um acordo entre as partes nestes casos, pela mera suspeita de coerção, equivaleria a invalidar igualmente todos os acordos promovidos na justiça cível, e é claro que isso não tem fundamento.

Quando o ponto inicial da justiça deixa de ser uma predefinição estatal do valor da conduta e da resposta adequada (como ocorre no formato penal), vítimas e agressores ganham novamente seu direito de discutir de maneira ampla como lidar com o problema existente. É preciso assumir que a complexidade social não permite autorizar que o Estado pressuponha um consenso valorativo tanto sobre os fatos quanto sobre as resoluções, por isso, fomentar mediações deve ser o caminho inicial neste ímpeto de alcançar uma nova forma de justiça.[30]

Pensar em conciliação deve abrir o âmbito de possibilidades de pactuar, sendo necessário inclusive admitir que para certos casos as partes queiram simplesmente se perdoar. Entretanto, é claro que esta liberdade deve encontrar limites, sendo inegável que acordos aviltantes a quaisquer dos lados não podem encontrar validade jurídica.[31] De nada faria sentido apelar para um processo de mediação caso o conteúdo final pudesse remeter a consequências punitivas e degradantes.[32]

Um apoio por meio de pessoas tecnicamente preparadas parece ser importante. Nesse primeiro momento a atuação institucional deveria estar capacitada a inspirar as pessoas a entender conjuntamente seus conflitos, visando superar suas dificuldades materiais, sociais e emocionais. A gravidade maior dos conflitos aqui deve demandar uma qualificação diferenciada da equipe de mediação, deve-se utilizar meios especiais visando "inspirar respeito a si, ao ambiente e outras pessoas, e desenvolver novas habilidades para comunicação interpessoal".[33]

---

30. BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*: toward a new system of crime control. Oregon: Wipf & Stock, 2010. p. 83.

31. LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais*. Ano IV, n. 20, Porto Alegre, 2005. p 24.

32. CHRISTIE, Nils. Restorative Justice: Five Dangers Ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Orgs.). *Urban crime prevention, surveillance, and restorative justice*: effects of social technologies, 2009. p. 199. DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 312.

33. SCOTT, David; BELL, Emma. Reawakening Our Radical Imaginations: Thinking realistically about utopias, dystopias and the non-penal. *Justice, Power and Resistance Foundation,* v. sept, 2016. p. 26.

Um modelo inicialmente comprometido com a tentativa de promover participação voluntária das partes também pode melhor facilitar um "compromisso com os recursos da comunidade e por reviver a responsabilidade coletiva".[34] O envolvimento da sociedade como um todo ganha novo fôlego quando estão abertas as possibilidades de interação, e a participação de moradores locais pode auxiliar nesse plano.

Esse retorno aos formatos de promoção da mediação tem estado aquecido por um grande número de pesquisadores nas últimas décadas, utilizando nomenclaturas como justiça comunitária[35], justiça transformativa[36], justiça pacificadora[37] ou justiça restaurativa[38]. Todas estas correntes estão em comum acordo com o objetivo de priorizar a resolução consensual entre as partes, marcando uma tendência geral.

Como é natural de se esperar, em muitos casos as partes não chegarão a um comum acordo, ou nem mesmo desejarão o diálogo, portanto, seria insuficiente pensar num projeto de superação da justiça penal que estivesse apenas confiando no potencial conciliatório de uma mediação. No intento de se pensar uma justiça não centrada no confisco do conflito e na punição, torna-se obrigatório também propor mecanismos de intervenção institucional mais ativos a fim de preservar e reparar as vítimas.

---

34. RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. *International Journal of Law, Crime and Justice,* v. 39, 2011. p. 106.

35. WILLIAMS, Brian. *Victims of crime and community justice*. London: Jessica Kingsley Publishers, 2006. DELMAS-MARTY, Mireille. Os grandes sistemas de política criminal. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004. p. 312.

36. MORRIS, Ruth. *Stories of transformative justice*. Toronto: Canadian Scholar's Press Inc., 2000. p. 19.

37. PEPINSKY, Hal. Peacemaking criminology. *Critical Criminology*, v. 21, n. 2, 2013. p. 322. WOZNIAK, John F. Toward a Theoretical Model of Peacemaking Criminology: An Essay in Honor of Richard Quinney. *Crime & Delinquency,* v. 48. n. 2, 2002. p. 212-213.

38. BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford press, 2002. p. 8-14. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa*: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

2.2. Priorização das vítimas

Como já exposto, o caráter público atribuído ao ato criminoso moldou a justificação para que a justiça penal excluísse a vítima do posto de principal interessada no conflito, pondo o Estado em seu lugar. Esse modelo trabalha com um conflito fictício e uma vítima fictícia, e assim expulsa a vítima real do cenário, substituindo sua voz por respostas padronizadas.[39]

É preciso que essa falha seja efetivamente sanada, para tanto, é essencial reconduzir a vítima ao seu lugar de protagonista. Uma nova justiça tem a responsabilidade de fazer valer os interesses e necessidades das vítimas, acima de qualquer outro suposto interesse público. Isso pode remeter a consequências de três ordens: na existência do processo; na concessão de medidas de urgência; e na conclusão do processo.

Se o processo retorna à vítima, deve ela ser possuidora do direito a optar pela não intervenção estatal. A título do que já ocorre em regra no direito privado, o início da ação deve estar nas mãos dos ofendidos. Urge cessar quaisquer princípios de obrigatoriedade processual, pois é a vítima quem deve dar o aval sobre o processo, ela é quem mais sente os efeitos do fato e deve ter o direito de não querer a intervenção de terceiros: seja porque já perdoou o agressor, seja porque sente que a existência do processo pede lhe ser mais dolorosa do que o silêncio.

Considerando a posição fragilizada em que se encontra por ser vítima de um ato grave, seria válido aqui pensar em medidas para facilitar sua decisão de autorizar a ação. Portanto, podem ser interessantes benefícios tais como a concessão de representação jurídica gratuita e a inexistência de custas processuais. É preciso assegurar que a opção por não autorizar o início da ação seja livre e não decorra de dificuldades conjunturais na sua viabilização.

Além disso, o foco na vítima também deve refletir uma acurada atenção ao uso de medidas de urgência. Para tanto, é preciso que a justiça esteja preparada com instrumentos de atuação rápida e realmente relevantes, que podem tanto impor obrigações ao agressor quanto dar suporte às vítimas.[40] Havendo estas duas hipóteses, vale dizer que é de se priorizar as medidas de suporte ao invés das medidas de coerção, preservando a lógica jurídica geral de que coerções são exceção e a liberdade é a regra.

---

39. HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista penal da justiça criminal. *Verve*, São Paulo, Nu-Sol/PUC-SP, n. 3, 2003. p. 199.

40. A exemplo do que fornece a lei brasileira de proteção da mulher contra violência doméstica (Lei 11.340/06), nos seus artigos 22 a 24.

Evitando medidas coercitivas sobre o acusado, o Estado deve fornecer apoio de urgência às vítimas de várias formas, por exemplo, garantindo acesso imediato a algum patrimônio móvel ou imóvel, fornecendo agentes policiais para proteção, dando assistência psicológica e social (como abrigo temporário ou mesmo apoio financeiro).

Mostrando-se necessária uma medida coercitiva sobre o acusado, deve-se ter à disposição um rol de amplitude e nível razoável, e que este seja usado de maneira sempre proporcional. Vale prezar para que elas sejam utilizadas de maneira progressiva, de modo que coerções mais robustas (tais como a privação de liberdade) sejam normalmente impostas em caso de prévia violação de alguma restrição mais leve.

A proporcionalidade, pensada dentro do formato penal numa escala de maiores punições para maiores agressões, assumiria agora uma direção inversa. Seria feito um giro de "180 graus", promovendo uma "escala de apoio às vítimas", de forma que fatos mais graves remetam a um apoio mais elevado a quem foi vitimizado.[41]

A bem de se destacar, em inúmeros casos as medidas de urgência se mostram suficientes para dar como solucionado o problema. Muitas vezes, o que a vítima quer e precisa é apenas um apoio temporário, e a vinculação a uma medida judicial posterior acaba sendo completamente sem sentido.[42] Quando a preocupação principal deixa de ser o agressor e passa a ser o ofendido, uma sentença posterior no processo pode nem ser necessária.

Em seguida, o novo modelo de priorizações aponta para o fato de que a sentença final deve obrigatoriamente passar pela vontade da vítima. Ao invés de partir de decisões padronizadas em lei, é importante que o conteúdo decisório esteja atrelado ao interesse e pedido das vítimas, e que não possa extrapolar isto.

A vítima não deve mais estar situada na posição passiva em que o formato penal lhe pôs. Deixando de ser mero "meio de prova", a vítima deve ter voz ativa em todas as fases do processo, e nada mais óbvio que isso remeta a uma atuação igualmente decisiva no momento de encerrar a lide processual. A sentença deve atender à sua vontade, e o juiz deve estar atento ao seu pedido.

41. MATHIESEN, Thomas. A caminho do séc. XXI – abolição um sonho possível? *Verve*, n. 4, São Paulo: O programa, 2003. p. 96.

42. STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la pena. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN (Orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1989. p 53.

Sendo o processo encarado como efeito de uma violação praticada contra pessoa concreta, é precisamente essa pessoa que deve apontar em que sentido se deve concluir a atuação institucional. Vale aqui, claro, a mesma advertência sinalizada no tocante à conciliação: o conteúdo do pedido deve ter limites para que não seja especialmente aviltante da dignidade do condenado.

Devolver o processo às vítimas significa que a conclusão deve remeter à conexão entre o ato danoso e as consequências práticas geradas, fornecendo uma resposta que vise beneficiar quem foi agredido, no interesse deste. Isso remete ao último tópico, pois é de se prezar que a atuação institucional vise favorecer alguém ao invés de puramente impor um sofrimento estéril.

2.3. Decisão reparatória

A justiça penal foi construída sobre a ideia de que infligir sofrimento ao agressor é a melhor forma de evitar que atos criminosos sejam reproduzidos. A desejada prevenção penal trabalha sobre a seguinte premissa: deixar pendente sobre todos uma ameaça de medida negativa (prevenção geral) e produzir concretamente essa medida sobre quem realizar o ato ilícito (prevenção especial).

Conceitualmente, a punição é a resposta institucional fundada sobre a natureza ilícita de um ato que está no passado, sendo composta pela imposição intencional de um dano ao autor da violação, dano este cujo conteúdo não visa beneficiar diretamente a vítima. Estas são as três características da medida coercitiva central de todos os sistemas de justiça penal ocidentais.

Entretanto, esses mesmos Estados também utilizam respostas institucionais coercitivas de outra natureza (chamadas reparatórias ou restitutivas) quando atuam em outros âmbitos. Estas coerções também se fundamentam sobre atos passados, porém, por sua vez, são norteadas a satisfazer a vítima, de maneira que o conteúdo impositivo sempre guarde relação com alguma vantagem direcionada à vítima. Visam fazer com que a situação (física, mental, financeira) do ofendido se aproxime ao máximo da que existia no momento prévio à lesão, compensando os danos provocados.

Ocorre que, considerado o grau mais aviltante das violações descritas como "crime" (apesar disso não ser verdadeiro em um grande número de casos), os Estados modernos decidiram definir que a coerção de caráter punitivo é fundamental para tentar sanar estas formas de ato ilícito. Eis o mecanismo discursivo mais basilar do que chamamos de Direito Penal, mas, o que parece espantar muitos ainda hoje, essa necessidade de punição jamais foi cientificamente comprovada.

Isso não significa afirmar que a ameaça de punição e a punição em si não gerem efeitos preventivos, é claro que geram. Todavia, considerados seus imensos efeitos negativos, seria fundamental demonstrar que elas são mais eficazes que as medidas reparatórias, e é precisamente isto que as pesquisas não mostram. Uma nova justiça deve se basear em coerções reparatórias como forma de conclusão processual, sua vantagem crucial: vincular a coerção ao benefício da vítima ou de terceiros.

Pensar em abolicionismo não significa optar por "não fazer nada" ou "estar preso a uma visão romântica do agressor".[43] Uma nova forma de justiça deve estar preocupada sim com mecanismos de resposta relevante e de responsabilização, porém visando melhores efeitos às vítimas e menores danos aos condenados.

Aqui o privilégio deve ser dado às formas de compensação relevante dos ofendidos, respeitando suas necessidades especiais e a capacidade real do agressor. Dada a complexidade dos casos, é também razoável incentivar que os conteúdos decisórios tenham maior leque de possibilidades, bem como esperar que essas reparações sejam de valor mais relevante, com atenção para o especial caráter moral e social do dano.

Ao contrário do modelo penal, que ao pretender oferecer segurança jurídica acabou por engessar as respostas institucionais, um novo modelo deve mostrar flexibilidade para se adaptar às particularidades de cada caso. Cada decisão deve ter maleabilidade para oferecer uma resolução mais útil à situação concreta. Portanto, não parece errado inclusive abrir a possibilidade para que as sentenças sejam de uma "obrigação de fazer", algo que parece ser uma anomalia diante do quadro tradicional do direito privado.

As medidas compensatórias têm uma grande vantagem, ao ficar o agressor vinculado a uma obrigação (de dar ou fazer) em favor da vítima, reforça-se a conexão entre o ato praticado e os efeitos produzidos sobre o ofendido, promovendo um maior senso social de responsabilidade mútua sobre a vida em comunidade. Ao invés do sofrimento isolado da pena, mal que não produz nenhum benefício a ninguém, na reparação o condenado está sendo movido em direção ao bem-estar de alguém.

Esse direcionamento à vítima também tende a favorecer a proporcionalidade da medida, fazendo com que tanto a vítima quanto o condenado sintam que a

43. SCOTT, David. Visualising an abolitionist real utopia: principles, policy and praxis. In: Malloch et al. (Eds.). *Crime, critique and utopia.* Londres: Palgrave Macmillan, 2013. p. 110.

sentença é mais justa, e atende melhor aos anseios de justiça na convivência social. Enfim, se a punição não visa atender a necessidade concreta de ninguém, como se pode ponderar a gravidade do dano provocado com uma consequência a ser determinada (especialmente no caso da pena de prisão)?

Fazer com que a medida esteja conectada diretamente à vítima favorece uma "organização cultural horizontal", de forma que a resposta passa por uma "comunicação não violenta". As medidas reparatórias, por não visar "o sofrimento em si" e pelo conteúdo não brotar isoladamente da decisão de um terceiro, incentivam uma rede menos vertical de poder.[44]

Mas, para todos aqueles que já pretenderam defender as decisões reparatórias, sempre surgiu uma última pergunta: e se o condenado não cumprir a ordem? Muito bem, aqui até mesmo o Direito Civil contemporâneo já nos fornece uma série de ferramentas para fazer valer a efetividade judicial, como ordens diretas de transferência de valores em instituições financeiras, ou privações de liberdade de curta duração. As coerções podem ser necessárias para um certo número de casos, e é preciso que a justiça esteja munida de meios efetivos.

Sendo tais condenações decorrentes das mais graves lesões, pode ser preciso utilizar coerções para alcançar a reparação imposta, sendo interessante indicar que o modelo pós-penal deve conter medidas coativas de efetivação mais veementes das que hoje propiciadas pelos procedimentos de direito privado. Vale ressaltar, lógico, que aqui tais medidas não se converteriam em caráter punitivo porque são sustentadas em caráter provisório, devendo ser extintas imediatamente quando o condenado se mostrar comprometido em cumprir a obrigação.

Fazendo a opção pelas sentenças de natureza reparatória, tudo remete que este tipo de imposição trará maiores benefícios às vítimas e à sociedade. Trata-se de um passo crucial para superar o modelo reprodutor de sofrimentos que o ocidente se acostumou a considerar como a saída para seus problemas.

Considerações finais

Pelo que foi demonstrado, a opção abolicionista aqui desenvolvida não trata simplesmente de extinguir a competência penal. Sim, os conflitos mais graves devem ser merecedores de maior atenção, e por isso aqui se pleiteia uma justiça possuidora de ferramentas peculiares, seja no momento em que quer especialmente

44. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle pela para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 264.

fomentar qualificadas práticas de mediação, seja quando defende mais medidas de urgência na proteção das vítimas, seja prezando por decisões reparatórias de maior peso e com meios coercitivos mais eficazes.

Enfim, não se está apenas "civilizando" a justiça penal, o que importa é que sejam criadas novas diretrizes de direito material e processual comprometidas em superar os problemas insanáveis do formato penal. Dadas tais especificidades, pareceu melhor dizer que estamos optando por uma justiça pós-penal.

Sobre todas as propostas oferecidas, é de se esperar que haja uma desconfiança inicial sobre a dita perda do caráter público em relação conflitos graves. Na verdade, trata-se de uma falsa questão, pois ela só faz sentido perante a série de "verdades" construídas pelos discursos penais. Um ato de agressão contra pessoa ou grupo sempre possui efeitos públicos, já que suas consequências irradiam para além das pessoas concretamente afetadas, mas, sob a mesma argumentação, é óbvio que a satisfação da vítima ou grupo tem igualmente efeitos públicos, e extravasam da mesma forma.

Se se acredita que o conflito individual tem efeito social, também sua resolução por meio da mediação, proteção da vítima e decisões reparatórias possui efeito social.[45] A justiça pós-penal não é aquela que abre mão dos efeitos "preventivos" da justiça penal, ela é aquela que oferece meios mais eficientes (com menores consequências negativas) para alcançar esses efeitos.

Não se trata de ilusão romântica. Conforme apresentado, há fartas pesquisas que já põem as sociedades ocidentais diante da viabilidade dessa alteração. Sendo certo que as práticas judiciais são governamentalidades (exercem poder), elas devem ser recalculadas diante de novas verdades, visando ser coerentes no intento de promover as subjetivações com as quais estamos comprometidos. Ao fim, se poderes, saberes e sujeitos estão numa relação de produção recíproca, pensar uma nova forma de justiça é construir novos instrumentos de produção de saberes e éticas.

Abraçando as análises críticas da realidade, devemos construir uma política criativa e cientificamente embasada. As novidades a serem implementadas precisarão, claro, sempre de acompanhamento dos seus efeitos, invocando novas avaliações. Portanto, invocar um campo propositivo não significa dar preponderância a ele em detrimento das análises de diagnóstico, é simplesmente uma

45. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Specifying Aims and limits for restorative justice. *Restorative justice & criminal justice:* competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 26.

tentativa de pôr propostas e análises num mesmo nível de relevância no pensamento crítico jurídico.

Vale frisar que a elaboração de uma justiça pós-penal não tem a pretensão de oferecer por si só a tão pretendida "segurança pública". Tem-se consciência de que a violência social é resultado de uma conexão complexa de múltiplos fatores, e exatamente por isso demanda políticas diversificadas. A política penal foi desenvolvida dentro de uma lógica em que pretende oferecer segurança por meio das ameaças e punições oficiais, tornando-se a maior responsável pela paz social. A justiça pós-penal não pode incorrer no mesmo equívoco, ela deve se apresentar como uma ferramenta jurídica que se propõe a auxiliar na resolução de conflitos e proteção das vítimas, mas deve ter também a consciência de que o quadro mais amplo da boa convivência humana depende de outras ações que atuem em campos tais como educação, saúde, economia e cultura.

Abrir a possibilidade de uma justiça pós-penal, por fim, representa o desejo de formular um novo arranjo que aprendeu com os fracassos de quase três séculos de justiça penal. O presente trabalho visa funcionar como um impulso para apontar as primeiras diretrizes que parecem úteis à elaboração de um novo formato judicial, mas que claramente demandam um esforço posterior mais extenso. Diante do estado geral de inércia que a crença na inevitabilidade do formato penal nos deixou, pensar o modelo pós-penal pode significar um passo para uma nova área de pesquisa científica no campo dos estudos críticos do Direito.

Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle pela para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos,* ano 3, n. 5/6, Rio de Janeiro, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIANCHI, Herman. *Justice as sanctuary*: toward a new system of crime control. Oregon: Wipf & Stock, 2010.

BOONIN, David. *The problem of punishment*. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford press, 2002.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia feminista*: teoria feminista e crítica às criminologias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTIE, Nils. *Conflict as property.* British Journal of Criminology, v. 17(1), p. 1-15, 1977.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime:* a caminho dos GULAGs em estilo ocidental. Trad. Luis Leiria. São Paulo: Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils. Restorative Justice: Five Dangers Ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Orgs.). *Urban crime prevention, surveillance, and restorative justice*: effects of social technologies. p. 195-204, 2009.

COHEN, Stanley. *Against criminology.* New Jersey: Transaction Books, 1988.

COHEN, Stanley. *Visions of social control*: crime, punishment and classification. Malden: Polity Press, 1985.

COUNCIL OF EUROPE. *Report on decriminalization*. Estrasburgo: 1980.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Os grandes sistemas de política criminal*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o Poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW (Orgs.). *Michel Foucault, uma trajetória filosófica*: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Universitária, p. 231-249, 1995.

FOUCAULT, Michel. O que é a crítica? Trad. Antonio C. Galdino. Revisão da tradução Stella Fuser Bittar. *Cadernos da Faculdade de Filosofia e Ciências da UNESP*, Marília, v. 9, n. 1, p. 169-189, 2000.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas.* 3. ed. Rio de Janeiro: NAU editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. Ética, sexualidade, política (Ditos e Escritos V). Trad. Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica.* Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* 28. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* curso no Collège de France (1975-1976). 2. ed. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade:* curso no Collège de France (1983-1984). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Subjetividade e verdade:* curso no Collège de France (1980-1981). Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

HARCOURT, Bernard E. *Illusion of order*: the false promise of broken windows policing. Cambrige: Harvard University Press, 2004.

HARCOURT, Bernard E. Situação do curso. In: FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*: curso no Collège de France (1972-1973). Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

HARCOURT, Bernard E. *The counterrevolution*: how our government went to war against its own citizens. New York: Basic Books, 2018.

HARCOURT, Bernard E. *Critique & praxis*. New York: Columbia University, 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa*: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

HULSMAN, Louk. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*. v. 10, p. 63-80, 1986.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista penal da justiça criminal. *Verve,* São Paulo, Nu-Sol/PUC-SP, n. 3, p. 190-219, 2003.

LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudos Criminais,* Ano IV, n, 20, Porto Alegre, 2005.

LEMOS, Clécio. *Foucault e a Justiça pós-penal*: críticas e propostas abolicionistas. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

MATHIESEN, Thomas. The politics of abolition. *Contemporary Crises*, 10:1. p. 81-94. 1986.

MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition revisited.* Londres: Routledge, 2015.

MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*. Second english edition. Winchester: Waterside Press, 2000.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do séc. XXI – abolição um sonho possível? *Verve*, n. 4, São Paulo, O programa, p. 80-111, 2003.

MATHIESEN, Thomas; HJEMDAL, O. K. A New Look at Victim and Offender: An Abolitionist Approach. In: *Justice, power and resistance,* Foundation volume, p. 137-150, 2016.

MATTHEWS, Roger. *Realist criminology*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2014.

MOORE, J. M.; ROBERTS, Rebecca. What lies beyond criminal justice? Developing transformative solutions. *Justice, power and resistance*. Foundation Volume, p. 115-136, 2016.

MORRIS, Ruth. *Stories of transformative justice*. Toronto: Canadian Scholar's Press Inc., 2000.

NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PEPINSKY, Hal. Peacemaking criminology. *Critical Criminology,* v. 21, n. 2, p. 319-339, 2013.

PIRES, Alvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP,* n. 68, mar. p. 39-60, 2004.

ROSE, Nikolas; O'MALLEY, Pat; VALVERDE, Mariana. Governamentality. *Annual Review of Law and Social Science*, p. 83-104, 2006.

RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. *International Journal of Law, Crime and Justice,* v. 39, p. 100-110, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN (Orgs.). *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, p. 15-34, 1989.

SCHEERER, Sebastian. Um desafio para o abolicionismo. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Orgs.). *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, p. 219-235, 1997.

SCOTT, David. Visualising an Abolitionist Real Utopia: Principles, Policy and Praxis. In: Malloch et al. (Eds). *Crime, critique and utopia*. Londres: Palgrave Macmillan, p. 90-113, 2013.

SCOTT, David; BELL, Emma. Reawakening Our Radical Imaginations: Thinking realistically about utopias, dystopias and the non-penal. *Justice, Power and Resistance Foundation,* v. sept., p. 11-32, 2016.

SKINNER, B. F. *Ciência e comportamento humano*. Trad. João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STEINERT, Heinz. Mas alla del delito y de la pena. In: SCHEERER; HULSMAN; STEINERT; CHRISTIE; DE FOLTER, MATHIESEN (Orgs.). *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: EDIAR, p. 35-56, 1989.

SWAANINGEN, René van. What is abolitionism? An Introduction. In: BIANCHI, Herman; SWAANINGEN, René van. (Orgs.). *Abolitionism*: towards a non-repressive approach to crime. Amsterdam: Free university Press, p. 9-21, 1986.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*: for a social theory of deviance. New York: Harper & Row, 1974.CARVALHO, Salo deem traddiante do quadro geral do direito privado tradicional.

TUTU, Desmond. *No future without forgiveness*. New York: Doubleday, 1999.

VALVERDE, Mariana. Michel Foucault. New York: Routledge, 2017.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. Specifying Aims and limits for restorative justice. *Restorative justice & criminal justice*: competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, p. 21-41, 2003.

VORUZ, Veronique (2010) 'Politics in Foucault's later work: a philosophy of truth; or reformism in question', *Theoretical Criminology* 15 (1): 1-19.

WILLIAMS, Brian. *Victims of crime and community justice*. London: Jessica Kingsley Publishers, 2006.

WOZNIAK, John F. Toward a theoretical model of peacemaking criminology: an essay in honor of richard quinney. *Crime & Delinquency,* v. 48. n. 2, p. 204-231, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro:* primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também doutrinas

- A perspectiva abolicionista, de Sebastian Scheerer – *RBCCrim* 160/407-430 (DTR\2019\40707);
- As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário, de Luciano Oliveira – *RBCCrim* 129/285-320 (DTR\2017\384);
- Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa, de Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos – *RBCCrim* 161/163-186 (DTR\2019\40800); e
- Terceiro Foucault e o humanismo punitive, de Clécio Lemos – *RBCCrim* 164/201-231 (DTR\2019\42740).

Lei Maria da Penha e lei do feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade

Maria da Penha Law and feminicide law: gender violence in Brazil between hostilities, symbolism and legitimacy

Danler Garcia

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde é bolsista FAPEMIG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU), onde foi bolsista CNPq de iniciação científica por três anos subsequentes.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0746-8805
danler.garcia@hotmail.com

Recebido em: 05.04.2019
Aprovado em: 12.11.2019
Última versão do autor: 10.12.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: A "Lei Maria da Penha" e a Lei do Feminicídio tracejam-se como triunfos da bandeira feminista brasileira que, desde a década de 1970, reivindica ante o Estado políticas que aufiram salvaguarda às mulheres como corolário de um país machista, patriarcal e perpetuador de disparidades de gênero e violência contra a mulher. Imiscuindo-se às ponderações da criminologia feminista enquanto marco teórico, bem como possuindo como metodologia a pesquisa exploratória de cariz bibliográfico e documental, este trabalho detém como escopo explanar a significância que a "Lei Maria da Penha" e a Lei do Feminicídio possuem, ainda que sejam legislações simbólicas e detentoras de paradoxos provenientes tanto de suas próprias naturezas quanto de suas instrumentalizações e operacionalizações pelas instituições do sistema de justiça criminal. Assim, a aptidão em publicizar a violência contrária à mulher, inserir esse debate na ordem

Abstract: The "Maria da Penha Law" and the Feminicide Law are triumphs of the Brazilian feminist flag, which, since the 1970s, claims before the State policies that have safeguarded women as a corollary of a macho, patriarchal and perpetuating country of gender disparities and violence against women. Taking into account the considerations of feminist criminology as a theoretical framework, as well as having as a methodology the exploratory research of bibliographic and documentary nature, this work has as its scope to explain the significance that the "Maria da Penha Law" and the Law of Feminicide possess, even though they are symbolic legislations that hold paradoxes from both their own natures and their instrumentalizations and operationalizations by the institutions of the criminal justice system. Thus, the ability to publicize violence against women, to insert this debate in the social order and the political agenda, as well as to

social e na agenda política, bem como compreender as violências como fenômenos de natureza estrutural, são dimensões notáveis e meritórias que as legislações trouxeram consigo.

Palavras-chave: Violência de gênero – Lei Maria da Penha – Lei do Feminicídio – Simbolismo penal – Criminologia feminista.

understand violence as phenomena of a structural nature, are remarkable and meritorious dimensions that the laws brought with them.

Keywords: Gender violence – Maria da Penha Law – Law of Feminicide – Penal symbolism – Feminist criminology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Violência contra a mulher e reconhecimento. 3. Lei Maria da Penha. 3.1. Ponderações críticas à Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. 4. Feminicídio. 4.1. Ponderações críticas à Lei 13.104/2015 – Lei do Feminicídio. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A "Lei Maria da Penha" e a Lei do Feminicídio tracejam-se como triunfos da bandeira feminista brasileira que, desde a década de 1970, reivindica ante o Estado políticas que aufiram salvaguarda às mulheres como corolário de um país machista, patriarcal e perpetuador de disparidades de gênero e violência contra a mulher.

Por seu turno, há hodiernamente no Brasil uma operacionalização intensa do direito penal para lidar com empecilhos vários, o que tem reverberado em sua expansão – criminalização de novos comportamentos e eclosão de legislações penais e processuais penais extravagantes –, recrudescimento – aumento das penas dos crimes já tipificados, desmantelamento das garantias processuais penais e agravamento da execução penal – e simbolismo – inaptidão em engendrar efeitos, vale dizer, inaptidão em desmantelar a violência criminal.

Concernente às legislações que aspiram enfrentar a violência de gênero no país – precipuamente a "Lei Maria da Penha" e a Lei do Feminicídio –, alguns criminólogos críticos têm as depreciado, asseverando suas naturezas simbólicas, detentoras de expansão e recrudescimento penal, bem como destituídas de efetividade.

Todavia, criminólogas feministas críticas, por intermédio da criminologia feminista[1], têm repreendido esse posicionamento, considerando-o machista e mi-

1. A criminologia feminista, ao concatenar feminismo e criminologia, certifica a existência de uma lógica machista e patriarcal que orquestra as estruturas da ordem social e

sógino, assegurando a significância das aludidas leis, assim como certificando que esse *mainstream* criminológico, ao arquitetar uma "criminologia de gabinete", não reconhece que a violência de gênero é uma violência que, em seu ápice, despoja as mulheres de suas vidas.

Isso posto, este trabalho detém como escopo, por intermédio de uma revisão bibliográfica, explanar a significância que a "Lei Maria da Penha" e a Lei do Feminicídio possuem, ainda que sejam legislações simbólicas e detentoras de paradoxos provenientes tanto de suas próprias naturezas, quanto de suas instrumentalizações e operacionalizações pelas instituições do sistema de justiça criminal. Ademais, detém-se como escopo explanar como essas legislações têm sido compreendidas pela criminologia feminista e pelas pesquisas teórico-empíricas que autoras brasileiras têm arquitetado, uma vez que ainda que ambas as legislações possuam seus paradoxos, também possuem seus méritos.

Nesse sentido, ainda que o direito penal não possua a aptidão em desmantelar a estrutura machista e patriarcal que reverbera na violência de gênero no país, a habilidade em tornar público esse pormenor, inserir esse debate na ordem social e na agenda política, bem como compreender as violências enquanto fenômenos de natureza estrutural, são enfoques notórios que ambas as legislações trouxeram consigo.

A metodologia deste trabalho calcou-se em pesquisa exploratória, de cariz bibliográfico e documental, cuja investigação ocorreu por intermédio de pesquisa em livros, artigos científicos, bem como em normativas e legislações. Concernente ao desenvolvimento deste trabalho, a primeira parte versa acerca da

do sistema de justiça criminal. Ao atrelar a categoria de gênero à categoria de classe, própria da criminologia crítica, assegura-se que a violência de gênero não é proveniente de uma estrutura capitalista, mas predecessora a esta, vale dizer, a violência de gênero é proveniente de uma estrutura machista e patriarcal prévia a qualquer capitalismo. Por conseguinte, há um paradoxo entre criminologia feminista e criminologia crítica, visto que, ainda que ambas tenham contemplado grupos vulneráveis, *pari passu* a criminologia feminista aspira enfrentar o machismo e o patriarcalismo imiscuídos na ordem social e no sistema de justiça criminal, a criminologia crítica tem refutado a criminologia feminista por esta recorrer ao sistema de justiça criminal para tutelar a dignidade das mulheres. Outrossim, a criminologia feminista tem denunciado não só as idiossincrasias do sistema de justiça criminal, em concordância com a criminologia crítica, mas, outrossim, a existência de metarregras sexistas imiscuídas no próprio campo criminológico. Isso posto, se a criminologia feminista tem sido tracejada de "esquerda punitiva" pela criminologia crítica, esta, por seu turno, pode ser tracejada de "esquerda machista" (CAMPOS; CARVALHO, 2011; ROMFELD, 2016).

violência contra a mulher no Brasil, bem como o seu reconhecimento mediante o vínculo entre reivindicações do movimento feminista e Estado; a segunda parte versa acerca da "Lei Maria da Penha", sua natureza, idiossincrasias institucionais e recrudescimento, que serão compreendidos mediante ponderações críticas; por fim, versa-se acerca da Lei do Feminicídio, seu cariz elementar para lidar com um homicídio singular, bem como seu recrudescimento, que serão compreendidos, outrossim, por ponderações críticas.

Imiscuindo-se às ponderações da criminologia feminista enquanto marco teórico para esta pesquisa, certifica-se que esta investigação sociojurídica é presente, imprescindível e meritória de pormenorizações, para que seja passível de compreensão a violência de gênero no Brasil, sua assimilação pelas legislações e instituições do sistema de justiça criminal, bem como os pormenores político-jurídicos e socioculturais que enfrentam.

2. Violência contra a mulher e reconhecimento

A violência de gênero[2] pode ser tracejada como a violência empreendida contra a mulher por pertencer ao gênero feminino. Como corolário de uma estrutura em que há vínculos de dominação masculina que subordinam as mulheres às normas do patriarcalismo, empreende-se disparidades de gênero e, por conseguinte, subserviência, hostilidade e violências contra as mulheres.

Por seu turno, o patriarcalismo pode ser compreendido como a estrutura em que imperam axiomas estritamente masculinos fundamentados em vínculos de poder. Esse poder é empreendido por intermédio de profundos e complexos instrumentos de controle social, que aspiram a manutenção do paradigma de gênero hegemônico em que há assimetrias entre os gêneros, no qual consubstancia segregação, objetificação e hostilidade aos reputados como inferiores. Assim, a violência de gênero é símbolo do patriarcalismo (SABADELL, 2005).

A violência de gênero[3] está na agenda do movimento social feminista brasileiro desde a década de 1970. Sob o domínio da (re)abertura político-democrática

2. Sob esse ângulo, "gênero", como categoria de investigação, em concordância com Couto (2018, p. 542), "contraria o entendimento de que os padrões de feminino e masculino são características estáticas e polarizadas determinadas pelo discurso biológico. A adoção da categoria gênero, ao tomar a desigualdade como produto de uma construção social, desnaturaliza a diferença dos sexos biológicos, que legitimaria a hierarquização entre os dois papeis construídos."

3. Em concordância com Santos e Izumino (2005, p. 155-156), ao final da década de 1980 no Brasil, uma transmutação teórica ocorreu nos estudos e investigações feministas

no país, as feministas versavam acerca da violência sob múltiplos prismas, tais como a violência sexual contra prisioneiras políticas, violência doméstica, violência racial etc. Na década de 1980, a violência doméstica, a violência familiar, bem como a violência conjugal, lograram preeminência nas agendas e mobilizações feministas. Os homicídios de mulheres e as absolvições de homens mediante "crime passional" ou "legítima defesa da honra" tornaram-se desígnios de discordância e protesto (SANTOS, 2010).

Assim, o liame entre movimento social feminista, academia e Estado tem se tracejado por transações, discordâncias, concordâncias, triunfos e retrocessos quanto à salvaguarda das mulheres e asserção de seus direitos. Vale dizer, o Estado ora tem desprezado, ora coibido e ora assegurado, seletivamente, as reivindicações das mulheres concernente à violência.

O primeiro ícone de reconhecimento das reivindicações das mulheres pelo Estado concernente à violência ocorreu mediante a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher (DDM), em que houve um reconhecimento diminuto e parcial das reivindicações por intermédio de uma criminalização detentora de pouca efetividade, visto que as políticas públicas de enfrentamento da violência limitavam-se a políticas policiais. Todavia, ainda assim foram substanciais, uma vez que a primeira DDM, arquitetada em agosto de 1985 em São Paulo, foi conferida de notável propagação midiática, auferindo visibilidade e publicidade à problemática (SANTOS, 2010).

O segundo ícone ocorreu mediante os Juizados Especiais Criminais (JECrim), em que houve um retrocesso e ressignificação da violência por intermédio de uma trivialização e reprivatização da problemática, uma vez que a Lei 9.099/1995, que engendrou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, não foi elaborada para versar acerca da violência contra a mulher, mas sim para informalizar a Justiça, tornando-a mais célere e eficiente. Arquitetado para lidar com

mediante a apoderação do vocábulo "gênero" em contraposição ao vocábulo "mulher". Ora, "apesar das diferentes áreas temáticas e correntes teóricas, há um consenso que a categoria *gênero* abre caminho para um novo paradigma no estudo das questões relativas às mulheres. Enquanto o paradigma do patriarcado pressupõe papéis sociais rígidos, condicionados culturalmente pelas diferenças biológicas entre o homem e a mulher, a nova perspectiva de gênero enfatiza a diferença entre o social e o biológico. Gênero é definido como uma relação socialmente construída entre homens e mulheres, servindo como categoria de análise para se investigar a construção social do feminino e do masculino." Isso posto, em concordância com as autoras, a nomenclatura "violência de gênero" tornou-se sinônimo da nomenclatura "violência contra a mulher".

infrações de menor potencial ofensivo – contravenções penais e crimes cuja pena máxima em abstrato é inferior a dois anos –, e visto que o crime de lesão corporal leve possui a pena de detenção de três meses a um ano, em concordância com o art. 129 do Código Penal brasileiro, a competência para versar sobre a violência contra a mulher, nas hipóteses de lesão corporal, transportava-se para os JECrim, destituindo a competência das DDM.

Isso posto, feministas engendraram críticas aos JECrim e seu cariz tão somente mediador e conciliatório da violência contra a mulher, uma vez que essa política, que não possuía o intento de punir o agressor, reverberou em trivialização, reprivatização e invisibilização da problemática. Logo, ao passo que nas DDM as mulheres eram sujeitos de direitos, nos JECrim as mulheres eram relegadas diante da manutenção e preservação da hierarquia familiar, repercutindo na perpetuação da violência (SANTOS, 2010).

Por fim, o terceiro ícone de reconhecimento das reivindicações das mulheres pelo Estado concernente à violência ocorreu mediante a Lei 11.340/2006, socioculturalmente nomenclada de "Lei Maria da Penha" (LMP), em que houve, do desprezo estatal quanto à violência contra a mulher mediante os JECrim, um reconhecimento notável das reivindicações feministas, bem como asserção de direitos e garantias.

3. Lei Maria da Penha

Após a publicização do caso da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, paraplégica em decorrência da violência contínua que recebia de seu marido, o Brasil foi denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por negligência e omissão diante do caso de Maria da Penha. Por conseguinte, em 7 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340, aludida como "Lei Maria da Penha", ícone de êxito do movimento feminista brasileiro.

Reputada pelas Nações Unidas como um exemplo paradigmático de salvaguarda da mulher, a LMP arquiteta mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, asseverando tal violência como uma violência de gênero, bem como uma violação de direitos humanos. Assim, uma vez que a família, estrutura privada, desnudou-se *locus* não só de afeto, mas também de hostilidade e violação aos direitos fundamentais das mulheres, a LMP assegura a tutela da mulher em primeiro lugar, para além da tutela da ordem familiar.

Por compreender que a violência doméstica e familiar é uma das representações da violência de gênero, proveniente de uma estrutura em que há vínculos de dominação masculina por intermédio de disparidades de gênero e, por

conseguinte, subserviência e hostilidade contra as mulheres, a LMP não mais compreende a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma violência de ordem privada.

> "Nesse contexto, a Lei 11.340/2006 ("Lei Maria da Penha") vem a assegurar formalmente que a violência contra a mulher praticada em âmbito doméstico não reflete uma questão de ordem privada, como durante muito tempo foi vista, mas que representa uma atualização de um sistema de sexo/gênero que se mostra opressor para as mulheres e danoso ao corpo social como um todo. Visa tentar corrigir, em âmbito jurídico, os *efeitos desiguais* dos arranjos sociais tradicionais, marcados pela subordinação feminina, atuando também de forma *simbólica*, voltando-se, ainda que de forma indireta, a combater os próprios processos que *geram* as desigualdades. No limite em que busca corrigir os efeitos desiguais na ponta final do processo, a Lei Maria da Penha se apresenta como uma medida de discriminação positiva da mulher, objetivando acelerar o processo de concretização de seus direitos." (COUTO, 2017, p. 13-14, grifo do autor)

Concernente à ingerência da LMP tão somente às mulheres, assim como as objeções à Lei em decorrência de uma suposta violabilidade do princípio da igualdade entre homens e mulheres, assegura-se que estas, enquanto grupo socioculturalmente vulnerável, devem ser salvaguardadas por uma norma positivamente discriminatória. Ora, visto que é legítimo aspirar a igualdade material de sujeitos substancialmente díspares mediante uma diferenciação jurídica, essa diferenciação, em decorrência do gênero e violência de gênero, desnuda-se lícita[4]. Outrossim, no que versa ao conceito de "vítima", a LMP não o utiliza, mas sim "mulheres em situação de violência doméstica e familiar", extirpando uma abordagem vitimista que atesta comportamentos de gênero polarizados, dualistas e fixos.

Em decorrência de seu cariz multidisciplinar, a LMP detém prismas preventivos e protetivos, para além do prisma punitivo, imiscuídos em seus mais de 40 artigos. Logo, a LMP empreende um sistema jurídico dotado de autonomia, devendo ser orquestrado por regras de interpretação, regras de aplicação e regras de execução próprias. Esse sistema jurídico próprio não deve ser compreendido

4. O direito à igualdade é fragmentado em igualdade formal e igualdade material, sendo o direito à diversidade, que é inclusivo, uma variante da igualdade material e justaposta à alguma minoria, seja de gênero, sexualidade, raça e etnia etc. Isso posto, a igualdade material pressupõe a substancialidade de uma diferenciação jurídico-fática, assim como o reconhecimento de uma diferença e genuinidade do grupo social em distinto.

mediante as categorias ortodoxas e cartesianas da dogmática jurídica, vale dizer, a LMP está para além do binarismo penal/civil, tracejando-se como uma legislação híbrida (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Por possuir elementares de cariz penal e extrapenal, a LMP institui uma original política nacional às mulheres para além de uma política criminal, salientando-se, por exemplo: (a) limitação da tutela penal para as mulheres; (b) criação normativa da categoria "violência de gênero"; (c) redefinição da expressão "vítima"; (d) exclusão dos atos de violência doméstica do rol dos crimes considerados de menor potencial ofensivo; (e) previsão de a companheira ser processada nos casos de relações homoeróticas; (f) inovação nas medidas cautelares de proteção[5]; (g) criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência civil e penal[6] (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Concernente às elementares extrapenais[7], a LMP assevera mecanismos vários de cariz preventivo e protetivo, por exemplo: (a) participação de organizações não governamentais, realizando pesquisas e estudos estatísticos (art. 8º);

5. As medidas protetivas de urgência (art. 22), como instrumentos legais arquitetados para lidar de maneira mais efetiva com o enfrentamento da violência contra a mulher, são ascensões legislativas substanciais. Como uma política de prevenção, proteção e punição, detém o intuito de reprimir o agressor, assim como conferir salvaguarda às mulheres e outros membros da família que estejam em situação de risco. O rol das medidas não é exaustivo, assim como podem ser empregadas cumulativamente (ROMFELD, 2018).

6. Esses Juizados, para além da competência criminal, detêm competência cível para versar sobre processos que tangenciam ações de família – como separação judicial e guarda de filhos –, desde que atrelados à salvaguarda da mulher e seus filhos. Uma crítica à sistemática estrutural da LMP e seus Juizados de Violência Doméstica e Familiar versa acerca do fato de que não foram arquitetados em todas as comarcas brasileiras, o que, por seu turno, transporta a competência de matérias penais e cíveis para as Varas Criminais. Por conseguinte, encaminha-se para varas onde são processados e julgados crimes de homicídio, roubo, furto etc., crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como matérias que versam sobre direito de família (CELMER; AZEVEDO, 2007).

7. Em concordância com Romfeld (2018), a LMP arquitetou onze políticas elementares: (a) casas de abrigo; (b) delegacias especializadas; (c) núcleos de defensoria pública especializados; (d) serviços de saúde especializados; (e) centros especializados de perícias médico-legais; (f) centros de referência para atendimento psicossocial e jurídico; (g) Juizados de Violência Doméstica e Familiar; (h) equipe de atendimento multidisciplinar para auxiliar o trabalho dos Juizados; (i) núcleos especializados de promotoria; (j) sistema nacional de coletas de dados sobre violência doméstica; (k) centros de educação e de reabilitação para os agressores. Todas essas políticas são de competência do poder público; contudo, para que sejam empreendidas é substancial que estejam inseridas em planejamento governamental.

(b) campanhas de prevenção (art. 8º); (c) treinamento de agentes públicos em questões de gênero, raça e etnia (art. 8º); (d) implementação de programas educacionais nos currículos escolares (art. 8º); (e) criação de centros de atendimento multidisciplinar e integral para mulheres (art. 9º); (f) presença do ofensor em programas de reabilitação e reeducação de gênero (art. 45) (SABADELL; DIMOULIS, 2014).

Concernente às elementares penais, assegura-se: (a) não aplicação da Lei 9.099/1995 e, por consequência, de seus institutos despenalizadores – composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo –, independentemente da pena prevista (art. 41); (b) inserção de mais uma hipótese de prisão preventiva (art. 42); (c) inserção de mais uma circunstância agravante da pena (art. 43); (d) determinação de aumento da pena – majorante – no crime de lesão corporal, como pena de detenção de 3 meses a 3 anos (art. 44); (e) determinação de aumento de pena de um terço se o crime de lesão corporal, sob o arquétipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, for cometido contra pessoa portadora de deficiência (art. 44); (f) vedação da aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como substituição de pena que implique pagamento isolado de multa (art. 17).

Assim, a LMP não engendrou nenhum tipo penal original, mas aumentou a pena máxima em abstrato do crime de lesão corporal, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, para três anos. Por conseguinte, extirpa-se seu cariz de infração de menor potencial ofensivo, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, removendo sua competência dos JECrim.

3.1. Ponderações críticas à Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Couto (2017), lastreando-se em Nancy Fraser[8], certifica que a LMP pode ser versada sob dois prismas, vale dizer, a LMP pode ser compreendida como um instrumento afirmativo, bem como um instrumento transformativo.

8. A teoria de Nancy Fraser é profunda e detentora de pormenores; deslindá-la não é da alçada deste trabalho. Contudo, para Fraser, o reconhecimento cultural e simbólico da diversidade tem logrado considerável notabilidade para a mitigação das injustiças sociais; notabilidade essa relevante tanto quanto a redistribuição socioeconômica. Redistribuição e reconhecimento são engrenagens substanciais para a compreensão e transmutação do arquétipo da justiça socioeconômica e o arquétipo da justiça cultural e simbólica, o que assevera que a estrutura socioeconômica é relevante tanto quanto outras elementares sociais. Isso posto, as mulheres, enquanto grupo social, tracejam-se como uma coletividade bivalente, vale dizer, imiscuem-se em mais de um eixo de opressão,

Como instrumento afirmativo, a LMP poderia arrazoar as disparidades e violências de gênero de maneira *sui generis*. Ainda que não seja precisamente uma ação afirmativa, a LMP, como instrumento de afirmação, aspiraria corporificar o princípio da igualdade material, extirpando as desigualdades das mulheres enquanto grupo minoritário. Uma vez reconhecida suas vulnerabilidades, enfrentar-se-ia a violência de gênero para se galgar igualdade, sem, contudo, transmutar a estrutura subjacente que engendra essa violência. Sob esse prisma, o sistema de justiça criminal atuaria tão somente nas distorções visíveis, o que padece de críticas.

> "Empreender sanções penais, que agem na ponta extrema do processo de assimetria de gênero, depois que a violência já foi perpetrada e vista pelo autor como via legítima de solução de conflitos, não representaria uma alternativa de solução viável a um problema que é, em essência, estrutural. Essa individualização do fenômeno da violência doméstica por meio da aplicação de uma pena que é pessoal invisibilizaria uma questão que é supraindividual (COUTO, 2017, p. 129)."

Por seu turno, como instrumento transformativo, a LMP desmantelaria as disparidades e violências de gênero por intermédio da erradicação de suas estruturas empreendedoras. Todavia, o direito penal não se asseguraria como a esfera jurídica mais habilitada para arquitetar ordens sociais pacíficas, uma vez que é vertical, arbitrário, simbólico, seletivo, perpetuador de exclusão, desigualdade, preconceito, assim como perpetuador de privilégios de classe, gênero, raça e etnia etc. Isso posto, o direito penal não seria apto a desmantelar a violência de gênero, dado que a pena não possui o poder de penetrar nas estruturas machistas e patriarcais e, por conseguinte, empreender transmutações sociais profundas. Nesse sentido, o direito penal não compreende a violência de gênero como uma problemática estrutural, mas sim como uma violência interpessoal.

---

padecendo injustiças socioeconômicas, bem como injustiças culturais e simbólicas. Para a autora, para que se desmantele essas injustiças, faz-se substancial dois instrumentos que tangenciam a dualidade redistribuição-reconhecimento, vale dizer, faz-se elementar os instrumentos de afirmação e transformação. "Por remédios afirmativos para a injustiça, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais de arranjos sociais sem abalar a estrutura subjacente que os engendra. Por remédios transformativos, em contraste, entendo os remédios voltados para corrigir efeitos desiguais precisamente por meio da remodelação da estrutura gerativa subjacente. O ponto crucial do contraste é efeitos terminais *vs*. processos que os produzem" (FRASER, 2006, p. 237).

Karam (2006), mediante a criminologia crítica, certifica que o irracionalismo da instrumentalização do direito penal, cujo intento seria conferir proteção a grupos vulneráveis, ressoa reflexos incongruentes, repercutindo em mais vulnerabilidade a esses grupos. A autora assevera que o enfrentamento da violência de gênero, o fim do patriarcalismo, bem como qualquer discriminação negativa não ocorrerá mediante o sistema punitivo, que é simbólico, não engendra suas funções atestadas – proteção de bens jurídicos –, bem como consubstancia injustiças por intermédio de sua intrínseca seletividade. Por conseguinte, para Karam, o movimento social feminista, ao recorrer à operacionalização e recrudescimento do sistema criminal, poderia ser tracejado como uma "esquerda punitiva"[9].

Nesse sentido, para a autora, o sistema de justiça criminal, que teria o escopo de tutelar e salvaguardar as mulheres enquanto grupo vulnerável, as inferioriza ainda mais. Assim, Karam testifica que o rompimento de tendências

9. Expressão cunhada por Karam (1996), a esquerda punitiva traceja-se pelo propósito da esquerda em expandir a punição do sistema de justiça criminal, repreendendo condutas tradicionalmente e contra-hegemonicamente alheias à intervenção jurídico-penal. Emanada por intermédio de movimentos sociais progressistas, a esquerda punitiva tem emergido, no país, mediante o movimento feminista que, a datar da década de 1970, incluiu em sua agenda política a criminalização de condutas violentas contra a mulher; fenômeno que logo expandiu-se ao movimento ecológico, que reivindicava a criminalização de condutas que atentavam contra o meio-ambiente. Todavia, a autora atesta que "este caminho transformador não pode ser trilhado com a reprodução dos mecanismos excludentes característicos das sociedades que se quer transformar. Não há como alcançar sociedades mais generosas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar" (KARAM, 1996, p. 91). Por essa lógica, Bazo (2016) certifica-se de que alguns movimentos de esquerda atrelaram-se aos hipócritas desejos de expansão do poder punitivo e recrudescimento político-criminal por intermédio da tipificação de condutas e aumento de penas. Todavia, não se atentam para o fato da seletividade intrínseca do sistema de justiça criminal, que reproduz desigualdade social, marginalização das classes baixas e perpetuação do poder político-econômico das classes abastadas. A autora arremata que "enquanto o movimento feminista se esquece de que lutou contra a discriminação de gênero perpetuada pelo mesmo aparelho que agora demanda em seu favor, o movimento LGBT ignora o fato de que o Direito Penal não está apto a promover a afirmação da igualdade das minorias" (BAZO, 2016, p. 86). Ora, para a criminologia crítica, o hodierno fundamentalismo punitivo mimetiza "direita" e "esquerda" punitiva; assim, "o gigante punitivo é socialmente sustentado não apenas por setores politicamente conservadores, mas por setores progressistas, uma vez que todos parecem crescentemente seduzidos pelas promessas ilusionistas de combate à violência, segurança e proteção de direitos ofertadas no crescente mercado do sistema penal" (ANDRADE, 2012, p. 175).

criminalizadoras é condição *sine qua non* para o fim das estruturas e relações de desigualdade, dominação e exclusão (KARAM, 2006).

> "A repressão penal, qualquer que seja sua direção, em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria ideia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal (KARAM, 2006, p. 7)."

Por seu turno, concernente à política criminal instrumentalizada pela LMP, alude-se seu enfoque punitivo, vale dizer, as esferas preventivas e protetivas são pouco asseguradas e operacionalizadas pelo sistema de justiça criminal. Sob essa ótica, se a Lei atesta três pilares de sustentação, os pilares de prevenção e proteção são subsumidos ao pilar da punição. Por consequência, uma reestruturação e regeneração do próprio sistema de justiça criminal, que salienta a esfera punitiva, é elementar, visto que, ao atuar lastreando-se mediante o paradigma punitivo, o sistema de justiça criminal reverbera em fragmentação, descentralização e incapacidade de respeitar e se comprazer com as imprescindibilidades das mulheres que padecem de violência. Por conseguinte, a LMP deve ser operacionalizada por intermédio de uma máxima intervenção social e mínima intervenção punitiva (CAMPOS, 2008).

> "Em razão de sua natureza cautelar, os aparatos protetivos e assistenciais que a Lei oferta são, de uma maneira geral, condicionados à existência de uma ação penal. As medidas de proteção, portanto, geralmente vêm com a intervenção penal; quando o processo acaba ou é interrompido, as medidas também cessam. Em suma, normalmente o Estado só "protege" aquelas que permitem a sua atuação punitiva, atuação esta não desejada pela maioria das mulheres entrevistadas (ROSENBLATT; MELLO; MEDEIROS, 2018, p. 368)."

Outra crítica acerca da sistemática do sistema de justiça criminal e, por consequência, da LMP, versa acerca da inaptidão em se ouvir e deslindar as expectativas das mulheres. Uma vez que o direito processual penal brasileiro relega à vítima um papel secundário, o enfoque estatal não está em contemplar a subjetividade daquelas que estão em situação de violência, mas sim na persecução penal e punição dos que empreenderam alguma infração penal. Por conseguinte, em decorrência do formalismo aludido pelo direito processual penal, a mulher não mais narra seus sentimentos, mas limita-se a retorquir tão somente o que lhe é interpelado. A problemática não mais lhe pertence.

Ora, o sistema de justiça criminal não é habilitado para lidar com idiossincrasias emocionais e afetivas. Uma vez que muitas mulheres não almejam que seus companheiros sejam encarcerados[10], mas que tão somente a violência se cesse – visto que, em hipóteses várias, são emocionalmente e financeiramente atreladas aos seus companheiros –, quando aspiram renunciar ao processo, são taxadas de "mulher de malandro", repercutindo em seu estigma. Por consequência, institui-se uma cifra oculta da violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que essas abdicam de denunciar seus violentadores (MEDEIROS; MELLO, 2014; MONTENEGRO, 2015; ROSENBLATT; MELLO; MEDEIROS, 2018).

Sob esse ângulo, Montenegro (2015, p. 179), em sua etnografia, alude que:

> "O que mais chama atenção diante do que foi visto na pesquisa é o Direito continuar tratando a violência doméstica, em termos penais, como se fosse um problema entre duas pessoas estranhas que não têm laços afetivos, como se não fossem voltar a morar na mesma casa ou conviver por causa dos filhos. A justiça criminal só é capaz de oferecer, nesses casos, uma condenação ou uma absolvição, e nenhuma dessas situações, como regra, minorará as dificuldades enfrentadas pelas partes. [...] A mulher continua, com a nova lei, no seu dilema, pois deixa os Juizados Especiais Criminais, que, por vezes, banalizava os seus conflitos, mas que, em algumas situações, criava oportunidade para que ela falasse, e entre em uma nova lei, que criminaliza o seu conflito e impõe uma resposta punitiva, a qual, por muitas vezes, faz com que a mulher apresente posturas aparentemente contraditórias durante o processo, buscando a absolvição do seu agressor."

O direito penal confere soluções inapropriadas. Ainda que posteriormente a mulher rompa o relacionamento com o seu violentador, a sanção penal simboliza estritamente uma vingança institucional proveniente de um arquétipo punitivo-retributivo, não auferindo segurança à mulher, bem como não a amparando em seus novos desígnios de vida. Assim, o direito penal não é útil aos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, por operacionalizar tão somente os instrumentos punitivos, assim como por não corresponder às reivindicações e aspirações daquela que foi violentada, seja no desfecho da violência, na compreensão de suas subjetividades, ou na tutela de seus direitos concernente à proteção e assistência.

10. Em concordância com Sabadell (2005), ainda que o desejo de não ter os seus respectivos companheiros encarcerados seja reflexo de uma dialética do patriarcalismo que faz com que as mulheres em situação de violência anuam à ideologia de seus violentadores, deve-se compreender que as mulheres almejam estritamente que a violência se cesse.

Concernente ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher, em concordância com a Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a ação penal é pública incondicionada[11]. Outrossim, em ações penais públicas condicionadas à representação da mulher em situação de violência, em concordância com o art. 16 da LMP, tão somente autoriza-se a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Ora, destituir da mulher o poder concernente à persecução penal de seu próprio violentador, bem como a viabilidade de se retratar, reverbera na desconsideração de sua autonomia, assim como em sua incapacitação, inferiorização, submissão e objetificação. O direto penal e o direito processual penal, ao impossibilitarem as aspirações da mulher no que versa à persecução penal, visto que essa ocorrerá independentemente de seu desejo, inibe as viabilidades de uma (re) conciliação[12], oprimindo-a, assim como transgredindo sua liberdade. A mulher não é mais protagonista, mas coadjuvante de um Estado herói e paternalista que compreende a mulher em situação de violência como vítima.

---

11. Súmula 542 – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. (Súmula 542, 3ª Seção, j. 26.08.2015). Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub]. Acesso em: 10.01.2019.

12. Santos e Machado (2018) aludem acerca das hodiernas diligências de se colonizar a violência doméstica e familiar contra a mulher pela Justiça Restaurativa. As autoras atestam que esse novo protótipo aspira subsumir os direitos das mulheres à moralidade, ordem e hierarquia familiar tradicional. Assim, esse empreendimento de demanda pela paz negligencia o árduo itinerário de enfrentamento da violência contra a mulher, assim como as políticas públicas galgadas que aspiram conferir voz às mesmas. Outrossim, poder-se-ia ocorrer um regresso ao paradigma conciliatório do JECrim, o que obstaria a ingerência dos instrumentos preventivos e protetivos certificados pela LMP, que trazem consigo todo o arsenal de viabilidades emancipatórias das mulheres. Logo, a Justiça Restaurativa, às hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, desnuda-se equivocada. Para as aludidas autoras, "as técnicas das 'constelações familiares', utilizadas no âmbito de discursos e práticas restaurativas da 'paz em casa', são problemáticas por reforçarem uma perspectiva familista que mantém as hierarquias sociais. Esse modelo de justiça restaurativa reproduz, tal qual o de justiça punitiva, violências de gênero e raciais, não servindo para desafiar o mandato de masculinidade hegemônica e o sistema colonial de gênero. A nosso ver, é preciso também ter cautela e suspeição em relação à proposta de justiça restaurativa do CNJ, em casos de violência doméstica, especialmente devido ao contexto de retrocessos nas políticas de direitos humanos de 2016" (SANTOS; MACHADO, 2018, p. 263).

Prando e Costa (2018), em etnografia empreendida com mulheres em situação de violência doméstica em audiências de ratificação de um Juizado de Violência Doméstica e Familiar do Distrito Federal entre os anos de 2014 e 2015, asseguram como as audiências corroboraram com o resultado final do arquivamento dos processos. Ao criticarem a lógica do sistema de justiça criminal e seus agentes, e como ocorre a operacionalização da LMP, as autoras atestaram a perpetuação das disparidades de gênero, sobrevitimização e silenciamento das mulheres, ao contrário de repercutir em democratização e efetividade do sistema de justiça criminal.

> "Ao analisarmos em profundidade os casos etnografados observamos que as intervenções de profissionais do direito ao longo das audiências produziram modos próprios de silenciamento da vítima e de reprodução da hierarquia de gênero. Os modos como as perguntas, as interrupções, o uso do processo e as representações dos profissionais repercutiram em um alto número de arquivamento de processos nos sugerem que a reprodução da desigualdade e da revitimização obedecem a dinâmicas próprias que são de responsabilidade de instituições do sistema de justiça criminal. O que, diante de um compromisso de democratização dos sistemas de justiça, são achados que podem orientar políticas institucionais e dialogar com outros modos de intervenção ao longo do processo, evitando assim uma reificação da crítica. [...] A encenação dos dramas vividos nas audiências de ratificação apontou para modos de intervenção dos profissionais do direito que obstaculizaram a inclusão das vítimas no processo, bem como promoveram um alto número de arquivamentos." (PRANDO; COSTA, 2018, p. 83-85)

Por seu turno, Rosenblatt, Mello e Medeiros (2018), em investigação financiada pelo CNJ que desnudou quem são as mulheres em situação de violência doméstica usufruidoras dos Juizados, ou Varas, de Violência Doméstica e Familiar, bem como as expectativas e desilusões das mesmas no enfrentamento de seus empecilhos, asseguraram a sobrevitimização e silenciamento dessas mulheres por intermédio de angústias quanto à falta de empatia, compreensão e informação, machismo e culpabilização, morosidade, bem como inexistência de instrumentos desatrelados do arquétipo punitivo-retributivo. Para as autoras:

> "É no espectro da seletividade, inclusive, que reside uma das maiores perversidades da intervenção penal, já que, pelo perfil socioeconômico das vítimas nos Juizados (ou Varas) de Violência Doméstica estudados, percebemos que a realidade da revitimização está reservada, majoritariamente, à parcela pobre, parda e negra das mulheres que sofrem com o problema da violência doméstica. Já aquelas mais independentes e que possuem recursos financeiros têm

> a possibilidade de sair de casa e procurar ajuda em outras instâncias, que não a penal, ao lado de psicólogos, grupos de apoio, hospitais particulares ou, até mesmo, o auxílio de outros familiares. Para as mulheres pertencentes às parcelas mais carentes da sociedade e dependentes financeiramente do companheiro, entretanto, o Estado só disponibiliza o aparato policial, totalmente despreparado para acudi-las. Não há (ou há precariamente) a disponibilização de abrigos, centros de apoio com serviço social ou hospitais." (ROSENBLATT; MELLO; MEDEIROS, 2018, p. 367-368)

As etnografias acima aludidas certificam as problemáticas estruturais e institucionais que o sistema de justiça criminal e a LMP padecem quanto a instrumentalização dessa legislação para lidar com a violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso posto, ainda que a Lei detenha mais de 40 artigos que certificam desde direitos à garantias das mulheres, vale dizer, ainda que a Lei arquitete uma plataforma política detentora de engrenagens preventivas, protetivas e punitivas, ainda assim, ao ser utilizada, a LMP enfrenta percalços em decorrência de sua operacionalização pela Justiça, o que ocorre por intermédio da estrita utilização das engrenagens punitivas, assim como por intermédio de posturas institucionais machistas, seletivas e apáticas, suscitando em disparidades de gênero, violências – estrutural, institucional e interpessoal – e, consequentemente, sobrevitimização, silenciamento e cifra oculta.

Ademais, no ano de 2018, mediante a Lei 13.641 e a Lei 13.772, houve um recrudescimento da LMP e do Código Penal brasileiro. A Lei 13.641/2018 alterou a LMP para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, cuja pena é de detenção de três meses a dois anos (BRASIL, 2018a). Isso posto, inseriu-se a Seção IV (Do Crime de Descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência), do Capítulo II (Das Medidas Protetivas de Urgência), do Título IV (Dos Procedimentos) na LMP.

Por seu turno, a Lei 13.772/2018 reconheceu que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar, bem como criminalizou o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado (BRASIL, 2018c). Assim, o art. 7º, II da LMP, que versa acerca da violência psicológica enquanto violência doméstica e familiar contra a mulher, incorporou a violação da intimidade da mulher como violência psicológica. Por seu turno, concernente ao Código Penal brasileiro, houve a tipificação do crime de registro não autorizado da intimidade sexual, por intermédio da elaboração do Capítulo I-A (Da exposição da intimidade sexual) do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual), cuja pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa.

As medidas protetivas de urgência, como ascensões legislativas notáveis que foram arquitetadas para enfrentar de maneira mais efetiva a violência doméstica e familiar, reprimir o agressor, bem como conferir salvaguarda às mulheres e demais membros da família que estejam em situação de risco, desnudaram-se instrumentos destituídos de efetividade, reverberando na tipificação do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. A violação da intimidade da mulher emergiu como percalço social significativo, a ponto de ser tracejada como violência psicológica e, por conseguinte, violência doméstica e familiar contra a mulher. Outrossim, o registro não autorizado e a exposição da intimidade sexual tornaram-se crimes, tipificados nos Crimes Contra a Dignidade Sexual do Código Penal brasileiro.

Sob esse ângulo, o legislador brasileiro tornou, novamente, a recrudescer a punição em decorrência dos empecilhos socioculturais que emergiram na ordem social. Como corolário de uma diminuta efetividade da legislação criminal, seja da LMP ou do Código Penal, o poder público torna a crer em sortilégios penais e repercussões mágicas de criminalizações de condutas, expansão, embrutecimento e irracionalidade do sistema de justiça criminal, desatentando-se do fato de que o direito penal não possui o escopo de arquitetar transmutações socioculturais profundas, bem como empreender uma nova cultura e pedagogia social.

Ora, a apropriação intensa do direito penal, destituída de racionalidade político-jurídica, repercute em incongruências, como no hodierno crime de registro não autorizado da intimidade sexual. Assim, a vítima padecerá das estigmatizações provenientes do sistema de justiça criminal, tendo sua intimidade propalada interpessoalmente e, agora, institucionalmente, bem como padecendo vitimização secundária e terciária – sobrevitimização[13].

13. Em concordância com Viana (2018, p. 167), "a vitimização secundária (sobrevitimização ou revitimização), consiste em custos adicionais causados à vítima em razão da necessária interferência das instâncias formais de controle social. [...] Por essas razões, a vitimização secundária é também conhecida por vitimização processual. A vitimização terciária, conceito ainda em fase de concretização, compreende, para alguns, o conjunto de custos (adicionais) sofridos por aquele que foi penalizado pela prática do crime [...]; bem como, eventualmente, a penalização suportada pela própria vítima do crime, como, por exemplo, na hipótese em que a comunidade exalta o criminoso e ridiculariza a vítima." Sob esse ângulo, no crime de registro não autorizado da intimidade sexual, a vítima agora padecerá de estigmatização institucional, sentindo-se depreciada e oprimida por reviver sua experiência mediante interrogatórios e reencontros com o infrator – vitimização secundária; outrossim, por intermédio do processo criminal, de cariz público, a vítima padecerá de estigmatização social, circunstância em que a comunidade terá ciência do incidente, ridicularizando-a – vitimização terciária.

Todavia, para além das críticas que, indubitavelmente, devem ser engendradas à racionalidade criminal, também se faz substancial certificar os méritos da LMP. A violência de gênero é uma violência concreta, que alveja mulheres de carne e osso e que, por conseguinte, aflige bens jurídicos pertinentes, como a vida, a integridade física etc. Assim, a LMP, ainda que tenha recrudescido a punição, é uma legislação legítima, uma vez que a pormenorização da violência de gênero a condutas já criminalizadas não se traceja como inconstitucional, mas que, todavia, é coadunável com políticas criminais minimalistas e garantistas (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Por seu turno, concernente ao cariz simbólico da Lei em decorrência de seu recrudescimento, interpela-se sua efetividade quanto ao desmantelamento dessa violência de gênero na ordem social. A LMP tornou pública e visível a violência doméstica e familiar contra as mulheres, descortinando e contraditando seus tabus, bem como enfrentando a máxima de que "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher". Ainda que o cariz simbólico do direito penal seja passível de críticas quanto à sua efetividade social no que versa à atenuação da violência, bem como o fato de que essa esfera jurídica não detém a função de pacificar a ordem social, empreendendo transmutações culturais pedagógicas, ainda assim, a LMP é legítima.

Nesse sentido, Carneiro (2014, p. 625) alude que:

> "A criminalização exigida pelos grupos socialmente vulneráveis está menos interessada nos castigos que na função simbólica da lei, pois o objetivo é trazer ao público a discussão, já que dá uma dimensão para o Estado, mídia e sociedade da frequência/intensidade da violência doméstica, antes fadada ao âmbito privado. Afinal, mesmo que não queiramos ou concordemos, temas morais se convertem em públicos pelo juspenalismo. O objetivo é trocar o conceito moral de que nas violências de gênero o homem é um 'esperto/malandro' para alguém que realmente fez algo errado e que não pode ser feito; é inserir o valor de um grupo marginal no código repressivo, fazendo com que a sociedade seja menos tolerante com aquela conduta, pois o objetivo último é alterar os valores sociais dominantes. Absurdo é criticar o uso simbólico do sistema penal quando a sua ausência, por si só, já possui um simbolismo. O ingresso do conflito conjugal no sistema judiciário é importante para o empoderamento da mulher que entra com este pedido, pois recupera/dá a ela o poder de fala pública e o de ser ouvida, poderes estes que lhes foram usurpados dentro de uma relação de violência. Tal tipo de conduta é observado não apenas nos movimentos feministas, mas em diversos outros movimentos sociais."

Ora, a positivação da LMP – como legislação que certifica a violência doméstica e familiar contra a mulher como violência de gênero proveniente de uma estrutura de dominação masculina – é elementar para auferir empoderamento àquelas que sempre padeceram violência em seus domicílios privados, bem como publicizar e imiscuir na ordem social essa problemática – ainda que a interpelação mediante ponderações críticas acerca de sua efetividade, como instrumento para desmantelar essa violência em distinto, seja significativa.

4. Feminicídio

Originalmente nomenclado de "femicídio" por Diana Russel, em 1976, para versar acerca das mortes de mulheres por homens tão somente pelo fato de serem mulheres, o femicídio contraditava a nomenclatura "homicídio", uma vez que este detém neutralidade quanto ao gênero, bem como invisibiliza o homicídio de mulheres por serem mulheres, vale dizer, o homicídio misógino. "O femicídio aparece então, como o extremo de um padrão sistemático de violência, universal e estrutural, fundamentado no poder patriarcal das sociedades ocidentais" (CAMPOS, 2015, p. 105).

O femicídio, como originalmente arquitetado por Diana Russel, não está atrelado a outros marcadores sociais da diferença, como raça e etnia, sexualidade etc., uma vez que as mortes estariam lastreadas tão somente ao gênero. Outrossim, o femicídio não se tracejaria como um fenômeno apartado, mas proveniente de um *continuum* de violências várias – desde violências simbólicas até violências físicas –, cujo femicídio simbolizaria o ápice (PASINATO, 2011).

Por seu turno, o vocábulo "feminicídio", empreendido pela feminista e deputada federal mexicana Marcela Lagarde, reputa-se, a partir do femicídio, à morte de mulheres que ocorrem em uma conjuntura de negligência, impunidade, conivência e corresponsabilidade do Estado em prevenir e punir essas mortes, razão pela qual o feminicídio é um genocídio de mulheres enquanto crime de Estado[14]. Isso posto, há a ingerência de uma elementar política à nomenclatura do feminicídio, isto é, há uma responsabilidade institucional, para além de

14. O feminicídio retorna ao debate político-acadêmico nos anos 2000 para versar acerca dos homicídios de mulheres engendrados em Ciudad Juarez, no México, ocorridos na década de 1990; circunstância em que centenas de mulheres jovens e trabalhadoras teriam desaparecido, sendo, posteriormente, violentadas, torturadas e assassinadas, sem que o Estado retorquisse ao fenômeno. Por consequência, Marcela Lagarde aludiu que femicídio seria insatisfatório, engendrando a nomenclatura "feminicídio" (DINIZ; COSTA; GUMIERI, 2015).

uma responsabilidade interpessoal, nas mortes de mulheres por serem mulheres (CAMPOS, 2015).

> "O conceito de violência feminicida é definido por Lagarde como a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto da violação de seus direitos humanos, no âmbito público e privado, sendo conformada por um conjunto de condutas misóginas, tais como maus-tratos e violência física, psicológica, sexual, educativa, de trabalho, econômica, patrimonial, familiar, comunitária, institucional, que implica na impunidade social e do Estado. Tais condutas colocam as mulheres em risco e indefesas, e podem culminar em homicídio ou sua tentativa e em outras formas de mortes violentas de mulheres e meninas: acidentes, suicídios e mortes evitáveis derivadas da insegurança, desatenção, e exclusão do desenvolvimento econômico e da democracia (CAMPOS, 2015, p. 109)."

O feminicídio não compreende essa distinta violência de gênero como uma violência interpessoal, privada, natural, proveniente de razões patológicas ou passionais do agressor, mas como uma violência emergente de uma estrutura machista e patriarcal de domínio e hierarquias, que repercute nas disparidades de gênero e, por conseguinte, em uma misoginia homicida, que concebe a vida e os corpos das mulheres como prescindíveis e descartáveis. Nesse sentido, o feminicídio é, outrossim, um crime de ódio[15].

Por conseguinte, Souza atesta disparidades acerca dos vocábulos "femicídio" e "feminicídio". Para a autora:

15. Concernente à "crime de ódio", assegura-se que "há que se notar que inexiste uma definição unívoca para crime de ódio (*hate crime*). Em geral, são agravantes penais que não modificam a essência do crime, mas são sopesadas pelo julgador na aplicação da pena por revelarem uma motivação preconceituoso do infrator em face do pertencimento da vítima a determinado grupo social, geralmente, baseadas em preconceitos fundados na raça, nacionalidade, religião, gênero e orientação sexual. [...] Esclarece Díaz López que o diferencial desse ódio está no preconceito, isto é, não é que não exista um estado emocional, mas este não existiria sem o preconceito a um estereótipo. Neste sentido, Frederick Lawrence observa que a nomenclatura ideal para esse tipo de comportamento, ao invés de crime de ódio, seria a de 'crime de preconceito' (*bias crime*), o qual corresponderia a 'manifestação criminosa do preconceito'. [...] Assim, tal como descreveram Jacobs e Potter, um crime de ódio restará configurado se presente o *causal link*, isto é, o liame entre uma conduta criminosa e motivo preconceituoso" (SOUZA, 2018, p. 53-54). Nesse sentido, o feminicídio é um crime de ódio em decorrência da misoginia que detém em seu ínterim, vale dizer, o fundamento do crime de feminicídio ocorre por intermédio do preconceito do criminoso ante o fato de a mulher ser mulher.

> "Ao criminalizar o feminicídio, almeja-se que o sistema jurídico persiga e castigue de modo particular aquele que ceifou a vida de uma mulher, visto que não se trata de um homicídio qualquer, mas particularmente reprovável por estar relacionado com a violação dos direitos humanos. Não se confunde, no entanto, com o feminicídio, o qual é um crime de Estado em razão de sua inação na prevenção e combate à violência misógina. Consoante essa interpretação, o feminicídio seria um fato internacionalmente ilícito a ser eventualmente processado e julgado por uma Corte Internacional." (SOUZA, 2018, p. 144)

Todavia, detendo disparidades ou não acerca de sua nomenclatura, a maneira como ocorrem os crimes de feminicídio estão lastreados em circunstâncias de indiscutível barbárie, tanto nos atos que precedem a morte quanto nos posteriores, como, por exemplo, torturas e mutilações em fragmentos do corpo onde mais se simboliza a sexualidade feminina, como os seios.

No que versa à conjuntura em que são engendrados, o feminicídio, em sua maioria, é empreendido no ínterim de relações pessoais por aqueles em que se possuiu algum vínculo de intimidade, afetiva ou sexual. É imprescindível atestar que, assim como a LMP, o crime de feminicídio assegura a possibilidade de o agente ativo do crime ser uma mulher. Por seu turno, quanto à outras conjunturas em que são empreendidos, como nos crimes de tráfico de drogas, por exemplo, ainda que seja árduo provar a existência de feminicídio, a maneira como a violência é arquitetada, lastreada em tortura, violência sexual, mutilação de órgãos genitais etc., é satisfatório para assegurar a existência do crime de feminicídio (GOMES, 2015).

A criminalização dessa problemática no Brasil é proveniente de um *continuum* de legislações que criminalizam a violência de gênero no país, como a LMP. A imprescindibilidade da criminalização do feminicídio é proveniente do fato de que a tutela penal da LMP salienta os crimes de lesão corporal, e não os homicídios. Ora, a própria Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) de Violência Contra a Mulher no Brasil assegurou que a criminalização simboliza uma continuidade legislativa originada pela LMP.

A CPMI assegura que o feminicídio é "o assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres", "assassinato relacionado a gênero", bem como "crime de ódio contra as mulheres, justificado socioculturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado" (BRASIL, 2013, p. 2). Outrossim, a normativa alude a substancialidade de se criminalizar o feminicídio.

> "A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da

> desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por intercepções jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido "crime passional". Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas." (BRASIL, 2013, p. 4)

Durante sua tramitação na Câmara dos Deputados, a expressão "razões de gênero" foi alterada pela expressão "razões da condição de sexo feminino". Logo, a Lei 13.104/2015, que altera o art. 121 do Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como inclui o feminicídio no rol dos crimes hediondos, assevera o feminicídio como a morte "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino", considerando que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve "violência doméstica e familiar", bem como "menosprezo ou discriminação à condição de mulher".

Concernente à primeira hipótese, o legislador aspirou conferir continuidade à LMP, em decorrência do fato de que, na ordem social brasileira, as mortes de mulheres destoam das mortes de homens quanto ao *locus* de engendramento, vale dizer, a morte de mulheres ocorre em maior parte na esfera doméstica. Concernente à segunda hipótese, o legislador aspirou expandir a tutela penal para além da esfera doméstica e familiar, desde que haja menosprezo ou discriminação quanto à condição de mulher. Assim, é imprescindível, para se esquivar de subjetividades quanto à interpretação e ingerência do feminicídio, uma valoração das provas para que seja apto asseverar que a morte foi proveniente da condição de ser mulher (SOUZA; BARROS, 2016).

4.1. Ponderações críticas à Lei 13.104/2015 – Lei do Feminicídio

O feminicídio, como foi criminalizado no Brasil, padece de críticas no que concerne à alteração da expressão "razões de gênero" por "razões da condição de sexo feminino". Por intermédio do discernimento do legislador brasileiro, atrela-se as mulheres ao sexo biológico, o que fixa a identidade de gênero tão somente ao prisma natural/biológico, bem como repercute na identificação e determinação do "ser mulher" em razão do sexo, e não do gênero. Isso posto, relega-se um grupo de mulheres que têm suas identidades de gênero desatreladas do sexo biológico, como as mulheres transexuais – ainda que essas pertençam ao gênero feminino.

Concernente ao recrudescimento punitivo, atesta-se suas quatro majorantes – aumentos de pena. Em 2018, por intermédio da Lei 13.771, houve um recrudescimento do feminicídio e do Código Penal brasileiro. A aludida Lei alterou o art. 121, § 7º do Código Penal, que versa acerca das majorantes do crime de feminicídio, ao alterar os incisos II e III – outrora já tipificados –, bem como ao inserir o inciso IV, hipótese em que haverá aumento de pena se o feminicídio for engendrado em descumprimento das medidas protetivas urgências previstas na LMP. Nesse sentido, se a pena do feminicídio é a mesma do homicídio qualificado, vale dizer, pena de reclusão de doze a trinta anos, agora há quatro possibilidades de aumento de pena, hipóteses estas em que a pena será aumentada de 1/3 até a metade.

Contudo, o aumento de pena nessas hipóteses recrudesceu o poder punitivo para além do que aspirava a CPMI da Violência Contra a Mulher, isto é, auferir visibilidade à problemática. Sob esse ângulo, se o escopo era publicizar a morte de mulheres por serem mulheres, inserindo na ordem social a discussão acerca desse empecilho sem expandir a pena, mediante as quatro majorantes aludidas o legislador brasileiro tornou, novamente, a recrudescer a punição, expandindo, embrutecendo, e irracionalizando ainda mais o sistema de justiça criminal[16].

Comparativamente ao homicídio qualificado, que possui pena de reclusão de doze a trinta anos, o feminicídio não padeceu de recrudescimento punitivo, dado que as penas são as mesmas. Ora, o intento original da criminalização era tão somente nomenclar para conferir visibilidade a uma problemática em distinto, vale dizer, um homicídio que não é neutro, mas que detém razões precípuas.

Todavia, asseverar a já existência do crime de homicídio para deslegitimar o feminicídio é um fundamento machista e patriarcal que não reconhece as especificidades do fenômeno, seu significado, bem como a barbárie em que são arquitetados. Assim, ainda que o direito penal possua idiossincrasias

16. Souza e Ferraz (2018) aludem acerca das propostas de lei do Congresso Nacional que versam acerca do feminicídio. A pesquisa engendrada pelos autores atesta que a maioria absoluta das propostas se afeiçoam ao simbolismo penal. Das 13 proposições, quatro detêm o escopo de recrudescer a pena. O Projeto de Lei 2.276/2015 e o Projeto de Lei 9.102/2017, ambos da Câmara dos Deputados, aspiram elevar a pena mínima do feminicídio de 12 anos para 24 e 20 anos, respectivamente. Em contraposição, há proposições que aspiram abolir o feminicídio como qualificadora do crime de homicídio, ou extinguir a nomenclatura "gênero" nas legislações. A Sugestão Legislativa 44/2017, de iniciativa popular, possui o intento de extirpar o vocábulo "feminicídio" e, por consequência, instituir uma agravante penal para qualquer crime passional, visto que o feminicídio violaria o princípio constitucional da igualdade.

singulares – arbitrariedade, seletividade, simbolismo e machismo como pilares estruturantes –, e ainda que a extirpação dessa violência em distinto não ocorra mediante sua criminalização, a aptidão em auferir luz a esse pormenor, propalando o debate, é significativa. Ora, negar e invisibilizar a existência do fenômeno é ser conivente com o mesmo. Nesse sentido, Gomes (2015, p. 212) alude que:

> "Para tanto, mais do que crer na eficácia ou na efetividade do direito penal, recorrer a ele representa posicionar-se- politicamente em meio a disputas de poder. O poder de nomear, o poder de dizer o que é importante definir no imaginário social, como grave, como crime, ou não. [...] Por que mais do que ser favorável ou contrário à tipificação, implica discutir o que isto significa e quais disputas estão em questão."

Para além de ser conivente ou não com a criminalização, a compreensão de que o feminicídio é uma defrontação aos direitos humanos das mulheres, bem como a compreensão de que a criminalização confere visibilidade à violência e vulnerabilidades que as mulheres são suscetíveis de padecer, aufere legitimidade ao feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio.

> "Não se trata de ampliação do Direito Penal e de recurso a efeito meramente simbólico, mas do aperfeiçoamento e atualização da norma penal para incidir em condutas que antes eram acolhidas ou justificadas pela sociedade, embora sempre causadoras de dano a bem jurídico tradicionalmente sob proteção da lei penal, isto é, o direito à vida. [...] O aperfeiçoamento visa destacar do conjunto de homicídios praticados no Brasil aqueles em que as vítimas são mulheres e a motivação decorre da condição feminina, de modo a permitir a produção de estatísticas e políticas de enfrentamento. [...] Identificar homicídios de mulheres decorrentes de violência doméstica e familiar ou de menosprezo e discriminação à condição das mulheres é importante para a implementação da política de enfrentamento à violência criada pela Lei Maria da Penha. A não identificação gera prejuízos para mulheres que sofreram tentativas de homicídio, para as quais se poderiam oferecer medidas protetivas e a assistência integral necessária para interromper a espiral de violência." (CASTILHO, 2015, p. 5)

Porém, ainda que a criminalização do feminicídio seja elementar para tutelar a vida e dignidade das mulheres, nenhuma lei penal detém o poder de extirpar a violência da ordem social como um todo. Não há viabilidade de se desmantelar as disparidades de gênero, empreendedoras dessa violência, sem arquitetar políticas públicas. Assim, a criminalização é tão somente uma variável de um arquétipo político-jurídico maior, cujas políticas públicas de cariz pedagógico são

imprescindíveis; do contrário, ter-se-á uma política criminal tão somente simbólica e despossuída de efetividade.

5. Considerações finais

Por tudo o que foi asseverado neste trabalho, as legislações aqui aludidas – "Lei Maria da Penha" e Lei do Feminicídio – possuem notabilidade não só por serem provenientes das reivindicações do movimento feminista, mas por tutelarem a dignidade humana das mulheres em decorrência da indubitável violência de gênero inserida na ordem social brasileira. Violência que, ao ápice, alveja a vida de mulheres de carne e osso.

Como corolário do cariz simbólico das aludidas legislações, publicizou-se problemáticas que até então eram compreendidas em esfera privada, como na violência doméstica e familiar contra a mulher, assim como problemáticas que eram sequer compreendidas, em decorrência da invisibilidade, omissão e negligência que padeciam, como no feminicídio. Assim, ainda que o direito penal não detenha a aptidão em desmantelar a estrutura machista e patriarcal empreendedora das disparidades e violências de gênero, dado que a pena não possui o poder de penetrar nessa estrutura e extirpá-la, a aptidão em publicizar a problemática, inserir esse debate na ordem social e na agenda política, bem como compreender as violências como fenômenos de natureza estrutural, são dimensões notáveis e méritos que as legislações trouxeram consigo.

Ainda que ambas legislações tenham recrudescido o direito penal, assegura-se suas legitimidades. Ainda que ambas legislações padeçam pormenores e paradoxos, tanto no que versa à própria natureza das legislações, bem como no que versa à instrumentalização e operacionalização pelo sistema de justiça criminal, há legitimidade em ambas as legislações. Percalços quanto ao enfoque punitivo em detrimento dos prismas preventivos e protetivos, quanto à inaptidão do sistema de justiça criminal em compreender e lidar com as subjetividades das partes, quanto à utilização da expressão "razões da condição de sexo feminino" que reverbera no atrelamento entre gênero e sexo, ou até mesmo quanto às próprias idiossincrasias do direito penal, são infortúnios que devem ser sempre interpelados mediante ponderações críticas. Contudo, a violência de gênero no Brasil é vivente.

Isso posto, a instrumentalização de políticas públicas é elementar, precipuamente aquelas que operacionalizam políticas pedagógicas. Ainda que se possa asseverar o cariz a longo prazo e à "conta-gotas" acerca de sua efetividade, são as políticas públicas que detêm o fito de empreender ordens sociais mais justas,

pacíficas e, quiçá, livres de violência ao transmutar a estrutura subjacente que engendra a violência de gênero.

A problemática da violência de gênero no Brasil, fatídica e hostil, possui legitimidade ao instrumentalizar o direito penal; todavia, é imprescindível que se instrumentalize, outrossim, políticas públicas, consubstanciando um arquétipo político-jurídico cuja política criminal represente tão somente uma engrenagem. Do contrário, ter-se-á sempre uma política criminal simbólica destituída de efetividade. Ora, a educação de gênero não repercute em impactos instantâneos, mas, por ser mais eficaz que o direito, é a única a auferir resoluções mais sólidas.

Referências

AMARAL, Alberto Carvalho. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas:* reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAZO, Andressa Loli. A nova esquerda punitiva. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 77-88, 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Presidência da República, Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, 7 de agosto de 2006.

BRASIL. *Lei 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Presidência da República, Brasília, 9 de março de 2015.

BRASIL. *Lei 13.641, de 3 de abril de 2018*. Altera a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Presidência da República, Brasília, 3 de abril de 2018a.

BRASIL. *Lei 13.771, de 19 de dezembro de 2018*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Presidência da República, Brasília, 19 de dezembro de 2018b.

BRASIL. *Lei 13.772, de 19 de dezembro de 2018*. Altera a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Presidência da República, Brasília, 19 de dezembro de 2018c.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado 292, de 2013 (Da CPMI de Violência Contra a Mulher no Brasil)*. Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Congresso Nacional, Brasília, 4 de julho de 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de. Dez anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para onde? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 155-170, 2016.

CAMPOS, Carmen Hein de. Feminicídio no Brasil. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, 2015.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 73, p. 244-267, 2008.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha*: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARNEIRO, Ludmila Gaudad Sardinha. Em busca dos direitos perdidos: ensaio sobre abolicionismos e feminismos. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 107, p. 605-630, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Sobre o feminicídio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 270, p. 4-5, 2015.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei n. 11.340/2006. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 170, p. 15-17, 2007.

COUTO, Maria Cláudia Girotto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade*: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

COUTO, Maria Cláudia Girotto do. Solidão e risco no campo dos afetos: uma análise sobre violências simbólicas e fatais vivenciadas por mulheres negras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 539-556, 2018.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 165-211, 2008.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 114, p. 225-239, 2015.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". *Cadernos de Campo*, São Paulo, n. 14-15, p. 231-239, 2006.

GOMES, Izabel Solysko. Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o Direito Penal. *Gênero & Direito*, João Pessoa, v. 4, n. 1, p. 188-218, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 79-92, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 168, p. 6-7, 2006.

MAIA, Débora Moreira; FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Às voltas com a política criminal latino-americana de prevenção da violência de gênero: um estudo a propósito da experiência brasileira e a recente criminalização do feminicídio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 973, p. 219-243, 2016.

MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O simbolismo da Lei "Maria da Penha" no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulher. In: TEIXEIRA, João Paulo Allain; ANDRADE, Louise Dantas de (Orgs.). *Jurisdição, processo e direitos humanos*. Recife: APPODI, 2014.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PASINATO, Wânia. Dez anos de Lei Maria da Penha. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 155-163, 2016.

PASINATO, Wânia. "Femicídios" e as mortes de mulheres no Brasil. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 37, p. 219-246, 2011.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, 2010.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; COSTA, Renata Cristina de Faria Gonçalves. A emergência da vítima na violência doméstica: uma etnografia sobre o sujeito, o conflito e o gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 57-90, 2018.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 120, p. 379-408, 2016.

ROMFELD, Victor Sugamosto. Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, p. 109-137, 2018.

ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de. Quem são elas e o que elas dizem? Representações das mulheres usuárias dos Juizados (ou Varas) de violência doméstica em seis capitais brasileiras. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 329-371, 2018.

SABADELL, Ana Lucia. Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, p. 429-456, 2005.

SABADELL, Ana Lucia. Violência contra a mulher e o processo de juridificação do feminicídio. Reações e relações patriarcais no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 168-190, 2016.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Domestic violence in Brazil: social problems and legislative interventions. *Research Paper Series – Legal Studies,* Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, 2014.

SANTOS, Cecília MacDowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução das demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 89, p. 153-170, 2010.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2005.

SANTOS, Cecília MacDowell; MACHADO, Isadora Vier. Punir, restaurar ou transformar? Por uma justiça emancipatória em casos de violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 146, p. 241-271, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de; BARROS, Paula Pécora de. Questões controversas com relação à lei do feminicídio (Lei n. 13.104/2015). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, p. 263-279, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERRAZ, Júlia Lambert Gomes. Desvios na construção de um Direito Penal de gênero: um problema chamado Poder Legislativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 147, p. 459-477, 2018.

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

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A percepção do condenado sobre a violência contra a mulher: a dominação na cultura de gênero, de Iara Rabelo de Souza e Julia Maurmann Ximenes – *RBCCrim* 146/373-396 (DTR\2018\18307);
- 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); e
- Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher, de Sérgio Salomão Shecaira e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *RBCCrim* 161/309-329 (DTR\2019\40930).

Da racionalidade normativa à prática judicial da justiça juvenil – uma revisão teórica

From normative rationality to judicial practice of juvenile justice

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora pela Universidade Federal de Pernambuco (2014). Mestra pela mesma instituição (2010). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), nos programas de Graduação e Pós-Graduação.
ORCID: 0000-0001-6930-6284.
ericababini@hotmail.com

Recebido em: 08.04.2019
Aprovado em: 19.12.2020
Última versão da autora: 30.04.2020

Áreas do Direito: Penal; Infância e Juventude

Resumo: Discutir as racionalidades normativa e prática que sustentam o modelo de responsabilização juvenil e implicações na realidade social é o objetivo deste texto. O problema da pesquisa assenta-se no questionamento sobre a razão de ser de ambiguidades normativas, no que tange à socioeducação, no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, como essa abertura hermenêutica é manejada na prática judicial, além das consequências sociais dos modelos escolhidos. A partir da revisão bibliográfica de diversas pesquisas, identificou-se o argumento comum de que uma cultura menorista e autoritária da sociedade brasileira, levam a interpretações judiciais que responsabilizam o adolescente por questões sócio-econômico-estruturais às quais estão submetidos. Desse modo, as racionalidades legislativa e judicial oscilam entre retributiva/punitiva/autoritária e assistencialista, desestabilizando a lógica da proteção integral da Convenção dos Direitos

Abstract: Author aims to discuss the normative and practical rationales that support the model of youth responsabilization and its implications in social reality. The research problem of this paper is about the raison of normative ambiguities in terms of juvenile responsabilization in the legal text – Child and Adolescent Statute – ECA; how judicial practice interprets those, in addition to the social consequences of the chosen models. From the bibliographic review of several researches, was noticed a common argument about minority culture and authoritarian culture of Brazilian society which lead judicial interpretations. In this way the argument that justify adolescents incarcerament are socio-economic-structural issues to which they are submitted. In this way, the legislative and judicial rationales oscillate between retributive / punitive / authoritarian and assistentialist, destabilizing the logic of integral protection of the Convention on the

da Criança, em nome da defesa social. Nesse sentido, o Estado oficializa a obrigatoriedade da punição e indica padrões de normalidade, reforçando sensibilidades punitivas em torno do adolescente que mais carece de proteção do Estado.

Palavras-chave: Racionalidade – Justiça juvenil – Punição – Sensibilidades punitivas.

Rights of the Child. In this sense, the State formalizes the obligation of punishment and indicates standards of normality, reinforcing punitive sensitivities around the teenager who most needs State protection.

Keywords: Racionality – Juvenile justice – Punishment – Punitive sensitivities.

Sumário: 1. Introdução. 2. Racionalidades penal e socioeducativa – a perspectiva normativa. 3. A racionalidade prática do sistema de justiça juvenil: o porquê punir da magistratura. 4. Concepções nativas e consequências: uma abordagem metodológica. Considerações finais.Referências.

1. Introdução

Em termos de conhecimento da realidade do sistema de justiça juvenil[1] ainda há muito a se trabalhar. Existem pesquisas na área desde a década de 70, como o trabalho pioneiro de Misse[2], que se somam a produções importantíssimas sobre violência, criminalidade, segurança pública e sistema de justiça – temáticas institucionalizadas nas tradições sociológicas[3]. Porém, ainda há muito o que esclarecer. Outrossim, não obstante a visibilidade da matéria, inexiste sistema oficial de produção e controle de dados[4], inviabilizando, por consequência, in-

1. A partir da Constituição Federal de 1988 (art. 228), o Brasil, seguindo o modelo e as recomendações da Convenção dos Direitos da Criança, adotou um sistema de responsabilização especializado para adolescentes (entre 12 anos completos e 18 anos incompletos – art. 2º, ECA), devido à condição peculiar de desenvolvimento desses sujeitos. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA normatiza os fundamentos da resposta estatal da prática de um ato infracional, entendido este como uma conduta ilícita, os termos do art. 103 do ECA: "Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal".
2. MISSE, Michel. *Delinquência juvenil na Guanabara.* Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça da Guanabara, 1973.
3. KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 50, 2º semestre, 2000, p. 45-123.
4. Essa problemática já foi identificada pelo Governo Federal que vem implementando o SIPIA SINASE, um Sistema de Informação em rede de abrangência nacional para a formação de um banco de dados único, visando o "registro e tratamento de dados referentes a adolescentes em conflito com a lei em cumprimento de medidas socioeducativas". Porém, tudo ainda em construção.

formações sobre a realidade do sistema socioeducativo, até mesmo para o aprimoramento de políticas públicas.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública[5] informou que, em 2016, a taxa de adolescentes em conflito com a lei era de 78 a cada 100 mil habitantes. Documento oficial do governo indica haver aumento constante do número de adolescentes cumprindo medida socioeducativa de internação[6] – cerca de 18.567[7] – representando 70% das hipóteses de responsabilização[8].

O cenário de encarceramento[9] de adolescentes cresce tão vertiginosamente que o Comitê sobre os Direitos da Criança da ONU tem constatado preocupação de que "medidas alternativas à detenção não estão sendo aplicadas efetivamente" no Brasil[10].

Tudo isso leva ao questionamento sobre a realização (ou não) da proposta de Proteção Integral do Estatuto da Criança e do Adolescente e o grau de superação da

5. FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 12. São Paulo, 2018.
6. A forma mais grave de responsabilização socioeducativa, consistente na privação de liberdade, conforme art. 121 do ECA: "Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".
7. BRASIL, Ministérios dos Direitos Humanos. *Levantamento Anual Sinase 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.
8. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 112 estabelece que são formas de responsabilização a advertência, obrigação de reparar o dano, a liberdade assistida, a prestação de serviços à comunidade, a semiliberdade e internação, além da internação provisória.
9. Não obstante o ECA estabelecer que a responsabilidade do adolescente é socioeducativa e que o termo referido dirige-se ao público maior de 18 anos, diversas pesquisas, aqui discutidas, indicam que a execução das medidas em meio fechado equipara-se, ou é pior, em alguns sentidos, à pena privativa de liberdade. Assim, neste texto, propositadamente, a partir de uma perspectiva crítica que reconhece eufemismos nas normas e discurso, adota-se a expressão encarceramento. A referência de Edson Sêda ilustra a reflexão: "Ah, os eufemistas. Uns por delicadeza, suavizam os termos para dizer coisas. Outros não ousam dizer o que pensam que deve ser dito [...]. Quem foi privado de liberdade está preso. Então quais, quais seriam estes atos infracionais que podem até mesmo levar à prisão? Seriam atos infracionais ao regulamento da escola? Ao estatuto de um clube? À regras de etiqueta? Às ordens do pai e mãe? À arbitrariedade da polícia ou de outro agente, autoridade ou cidadão qualquer? Ao Código Civil? Parece que não é!". SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999. p. 1-16.
10. Tradução livre de: "the Committee remains concerned that alternative measures to detention are not applied effectively". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil,* 2015. p. 22.

cultura menorista que lhe antecedeu, que se assentava no binômio proteção-controle[11]. Isto é, sendo as medidas de internação excepcionais e breves no sistema de proteção integral, exatamente porque a privação de liberdade vai de encontro ao princípio da condição peculiar de desenvolvimento do adolescente, questiona-se: como admitir o quadro de crescimento destes números de encarceramento? Assim, é preciso investigar (qual) a racionalidade judicial que orienta a hermenêutica normativa que leva a esse encarceramento massivo. É a proposta deste trabalho.

Esclarecendo, mais detalhadamente, o problema de pesquisa inquire a razão de ser de ambiguidades normativas no que tange à socioeducação, no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, como essa abertura hermenêutica é operada na prática judicial, além das consequências sociais dos modelos escolhidos. Assim, o objetivo é identificar as racionalidades que orientam a hermenêutica judicial e as consequências dessas opções na realidade social.

A hipótese segue o diagnóstico de García Mendez[12] de que, no que tange ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, há não apenas uma crise de implementação, mas também de sua interpretação, uma vez que há a rejeição de princípios do documento, o que leva a dificuldades de romper com a lógica do Códigos de Menores.

Essa hipótese de que as práticas autoritárias atuais derivam de um ranço da cultura tutelar – menorista é também sustentada por alguns pesquisadores[13-14-15-16-17].

11. BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Compiladores: Emílio Garcia Mendez; Mary Beloff. Bogotá: Editora Temis, 1998.
12. MÉNDEZ, Emílio García. *Infância e cidadania na América Latina*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1998.
13. SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
14. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008
15. ALMEIDA, Bruna Gise. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida de internação em São Paulo. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, 2016.
16. ALVAREZ, M. C. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.
17. PAULA, Liana de. Práticas socioeducativas e garantias de direitos: pensando a (des) constituição do sujeito de direitos a partir da internação e adolescentes. *Anais*. 39º Encontro Anual da ANPOCS, 2015.

O fato é que o papel do Judiciário e a(s) racionalidade(s) que sustenta(m) esse procedimento precisa(m) ser compreendida(s), especialmente porque a(s) mesma(s) indica(m) padrões sobre o que é permitido e o que é proibido na sociedade, uma vez que práticas penais representam conteúdos sobre o mundo social. Por exemplo, "o que se entende como bom e ruim, normal e anormal, legitimidade e ordem; e tudo isso nos ensina a julgar, a preservar a ordem e a comunidade"[18]:

> "À sua maneira, as práticas penais estabelecem uma armação cultural estruturante, e suas declarações e ações servem como uma grade interpretativa a partir da qual as pessoas avaliam a conduta e fazem julgamentos morais sobre suas próprias experiências. A punição, portanto, atua como um mecanismo social regulador em dois distintos aspectos: ela regula a conduta diretamente por meio da ação social física, mas também regula significados, pensamentos, atitude – e conduta – mediante um meio de significação um tanto diferente."[19]

Vejamos.

2. Racionalidades penal e socioeducativa – a perspectiva normativa

A questão das racionalidades diz respeito aos sistemas de pensamento que organizam práticas institucionais, jurídicas, constituindo rede de sentidos no plano do saber, conferindo aspecto normativo e que está ligado a fatos e valores[20].

Trata-se de uma abordagem que tradicionalmente analisa o sistema de justiça penal de adultos, discutindo teorias da pena que foram, ao longo dos anos, constituindo o sistema punitivo entre retribuição, dissuasão e reabilitação. Aqui, quando se desloca para o sistema de justiça juvenil, visa-se identificar se aquela racionalidade da justiça penal promove influências, investigando se há interseções entre justiça retributiva, assistencialista e da proteção integral[21].

---

18. SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland. A sociologia da punição. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP,* São Paulo, v. 18, n. 1, p. 329-350, jun. 2006. p. 343.
19. GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna:* un estúdio de teoria social. Buenos Aires: Sigo XXI editores S.A, 1999. p. 252.
20. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público, e os direitos humanos. *Novos estudos,* n. 68, São Paulo, mar. 2004. p. 40.
21. GISI, B.; TONCHE, J.; ALVAREZ, M.; OLIVEIRA, T. A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil – Entrevista com Álvaro Pires. *Plural*, v. 24, n. 1, p. 124-160, 30 ago. 2017.

A racionalidade retributiva/punitiva[22], tem que crime e castigo são ordenados pela proporcionalidade, e a punição é obrigatória como forma de aflição, o que significa afastar outras formas de lidar com o conflito, como a reparação pecuniária ou outras alternativas.

De outra parte, a racionalidade assistencialista baseava-se na Doutrina da Situação Irregular. Uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo, segundo a qual a situação de abandono do menor criava uma necessidade protetiva, por parte do Estado, considerando o menor, ao mesmo tempo, objeto de compaixão e repressão[23].

Essa teoria preconizou que a situação de abandono, de não realização de direitos fundamentais de menores e a transgressão de normas penais implicavam proteção-punição, uma confusão de situações que resultava no controle do menor a programas de assistência social como o tratamento reeducativo, independentemente de qual tivesse sido a causa[24].

De fundo, a teoria é orientada pela defesa social que se baseava na prevenção especial, justificando o sequestro e isolamento do indivíduo para ao mesmo tempo proteger a sociedade e tratar o desviado; afinal, o delinquente era um doente com desvios físicos e psíquicos e deveria ser colocado em instituições disciplinadoras. Enfim, a Doutrina da Situação Irregular, fundada em elementos bioantropológicos, colocava a questão da delinquência e do abandono infantil como um problema de disciplinamento, demandando a presença tutelar do Estado.

---

22. A concepção é uma das mais antigas tentativas de justificação do castigo remontando à lei de Talião – "olho por olho, dente por dente" –, referida na Bíblia (Levítico n. 24) e, não obstante não ter um sentido único de definição, perpassa a ideia de que haja expiação ou compensação. Isto é, enquanto expiação, a relação com preceitos religiosos confunde castigo e arrependimento, crime e pecado, fazendo com que esse fundamento seja uma entidade moral ou religiosa, estranha, sob qualquer ponto de vista, à desvaloração jurídica. Se pensada do ponto de vista da compensação, na vertente Kanteana, retribuir é um pressuposto de ética e justiça; na perspectiva de Hegel, a partir de sua dialética, a pena é uma forma jurídica de restabelecer a vontade geral violada com o crime. GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara. (Tese de Doutorado) – UFSC, Florianópolis, 2006.

23. TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas em la proteccion del niño y del adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral. *Capítulo Criminológico,* v. 24, n, 2, p. 119-136, 1996.

24. BARATTA, Alessandro. Elementos de um nuevo derecho para la infância y la adolescência. *Capítulo criminológico,* v. 23, n. 1. Maracaibo, enero-junio, 1995.

Antes de avançar, é importante pontuar que o Poder Judiciário, nesse contexto, teve em Melo Mattos, magistrado, um grande protagonista que "reuniu sua experiência como criminalista, filantropo e juiz de menores para sintetizar, em forma de lei, um novo projeto de institucionalização da infância e adolescência"[25]. Essa perspectiva, entendida como iniciativa humanitária que possibilitava a ampla intervenção na vida particular foi fruto da aliança entre Justiça e Assistência, estabelecida para a criação de uma instância regulatória da infância, a qual era politicamente viável dada a realidade violenta e teorização médica da causa. Uma consequência direta emerge deste paradigma é o reflexo produzido na mentalidade da época: para que "capitular o delicto e aplicar a respectiva pena" se a periculosidade implicava atuar nas origens do crime? "Nada mais improprio nem menos apto para o exercício do moderno papel da Justiça", dizia Paiva, juiz penal da época – 1916[26].

Muncie[27] esquematiza essas concepções, a partir da realidade britânica, apontando-as como coexistentes, que, de um lado aproximam-se do modelo de Estado de Bem-estar e de outro, partindo de uma crítica liberal, apontam que essa perspectiva é uma benevolência retórica que permite discricionariedade e blinda direitos legais, devendo optar, o Estado, por um padrão de proporcionalidade entre crime e castigo. É o debate de bem-estar e justiça que, no Brasil, é travada entre menoristas e garantistas[28].

Um outro modelo, em tese, completamente oposto ao padrão antecedente indica a superação[29] destes paradigmas com a passagem para a proteção integral,

25. ALVAREZ, M. C. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. São Paulo. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, 1989. p. 52.
26. Apud RIZZINI, Irene. *O século perdido*. Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 126.
27. MUNCIE, J. The globalization of crime control – the case of youth and juvenile justice: neo-liberalism, policy convergence and international conventions. *Theoretical Criminology*, 9(1), p. 35-64, 2005.
28. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.
29. A afirmação teórica acima deve-se ao fato de compartilhar com os achados de revisão histórica de Cifali que considera "que o modelo de intervenção sobre jovens autores de delitos proposto pelo ECA não representa uma ruptura em relação ao momento

normatizada por importantes documentos de direitos humanos, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas para Organização da Justiça da Juventude e as Diretrizes para a Prevenção da Delinquência Juvenil[30].

A CF/88, ao acolher a Doutrina da Proteção Integral, normativamente, rompe com a visão paternalista do direito da criança e do adolescente, trazendo para o ordenamento jurídico a proteção integral, o reconhecimento do jovem como sujeito de direitos e deveres e a responsabilidade desses pelos atos infracionais cometidos, após acurado devido processo legal. Seguindo tal perspectiva, o ECA prevê uma série de direitos e garantias processuais e penais que, somados aos previstos constitucionalmente para todos os sujeitos de direito (legalidade, culpabilidade, individualização da pena, contraditório e ampla defesa), reduzem o arbítrio estatal no tratamento dos jovens infratores.

A DPI concretizaria a evolução da Justiça da Criança e do Adolescente, trazendo, como uma das principais novidades, o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos e deveres. Na América Latina, tal modelo foi incorporado, em vanguarda, pela Constituição Brasileira de 1988, que consagrou em seus arts. 227 e 228, matéria especificamente infanto-juvenil.

Nesse sentido, no século 21, com influências globais, confia-se nos avanços dos sistemas de proteção de direitos humanos com desenvolvimento de políticas de justiça restaurativa, afastando práticas punitivas com a absorção de garantias penais e processuais como forma de proteção dos jovens. Entende-se que o delito na juventude é passageiro e a menor intervenção estatal na vida do adolescente é o melhor caminho para respeitar o processo de amadurecimento natural – como uma filosofia do amadurecimento – com o desenvolvimento harmonioso de crianças e adolescentes[31]. Tudo decorrente da psicologia do desenvolvimento em que se entende ser o jovem um sujeito em construção em que tem menor capacidade cognitiva, de juízo e de controle, com maior sensibilidade à pena e ser mais vulnerável aos efeitos da prisão[32].

---

precedente. Apesar de trazer mudanças importantes, o ECA é um resultado das disputas entre as posições defendidas por "menoristas" e "garantistas", mantendo muitas disposições e perspectivas vinculadas ao modelo anterior.

30. BELOFF, Mary. *Que hacer con la justica juvenile?* Buenos Aires: Ad Hoc, 2016.

31. ZIMRING, Franklin e LANGER, Máximo. One Theme or Many? The Search for a Deep Structure in Global Juvenile Justice. p. 381-412. In: ZIMRING, Franklin; LANGER, Máximo; TANENHAUS, David. S. (Eds.). *Juvenile justice in global perspective*. New York; London: New York University Press, 2015.

32. COUSO, Jaime. La especialidad del derecho de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal

Ao mesmo tempo, o novo modelo responsabilizatório da proteção integral, do ponto de vista normativo, entende que a justiça não deveria separar proteção da sociedade da inclusão social do jovem infrator, porquanto ele é tido como parte do todo; e como membro do grupo ele não pode ser excluído; razão pela qual não comporta retributivismo e dissuasão como estruturantes do procedimento[33].

Ocorre que a promulgação do ECA se deu num ambiente em que, de um lado havia a evidência de que o caráter paternalista e assistencialista das políticas até então vigentes precisavam ser superado; de outro, alguns atores influentes do processo legislativo defendiam o modelo menorista, com o argumento de que a aplicação da lei era o problema, e não a norma em si, cabendo aos juízes o aprimoramento da intervenção estatal[34].

Este trecho, elaborado por um magistrado, classificado no grupo dos menoristas exemplifica:

> "O ato praticado pelo menor gera o conflito que só o juiz pode enfrentar, como centro da decisão. A seu lado, o fiscal da lei, o Curador de Menores; a decisão será baseada nas contribuições da Sociologia, da Psicologia, da Estatística, da Pedagogia, da Psiquiatria, do Serviço Social, da Administração, representada pelos estabelecimentos de tratamento de menores em todos os níveis. [...] A própria comunidade só se conforma com a solução determinada pelo magistrado. Quando se avolumaram os desvios de conduta, na década dos anos sessenta, embora a lei não desse aos juízes competência para se ocuparam deles, as famílias recorreram aos juizados de menores, ponto final para o restabelecimento da ordem social atingida (CAVALLIERI, 1986, p. 103-104)."[35]

---

sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, n. XXXVIII, p. 267-322, 1º semestre, 2012.

33. PIRES, A. Responsabilizar ou punir? a justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções* na governança da justiça e da segurança. Brasília, Ministério da Justiça, 2006. p. 23.

34. "É um embate semelhante ao observado por Muncie (2004), entre aqueles atores que defendiam uma atuação mais flexível por parte do poder judiciário (*welfare*) e os que defendiam a adoção de garantias processuais (*justice*)" CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. p. 125.

35. Apud CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. p. 125.

A tensão entre garantistas e menoristas resultou na superação do princípio da discricionariedade e a consagração do princípio do melhor interesse da criança, com limitação a intervenção estatal na vida de adolescentes, com consagração do princípio da legalidade; mas ao tempo os espaços de discricionariedade ainda existem[36], a indefinição conceitual leva a construção de decisões arbitrárias, sem limites interpretativos. Beloff, em entrevista a Ana Cifali[37], resume:

> "o 'problema' é que apenas foram aprovadas leis. O 'problema' foi a crença de que a lei poderia mudar a realidade. E, assim, o tema da implementação da lei foi deixado em segundo plano. Para Beloff (2018), houve uma centralidade da discussão jurídica processual, que fez com que, nas reformas latino-americanas, fossem criados postos de trabalho para juízes, promotores, advogados, em uma reforma que 'foi muito à serviço da classe dos advogados' (BELOFF, 2018, tradução nossa), não sendo pensado e construído um modelo institucional que desse conta das mudanças pretendidas, no sentido de não prever estruturas que dessem conta, por exemplo, do trabalho em meio aberto."

Nesse sentido, nada foi tão novo assim. O ECA tem disposições normativas em ambos os sentidos, – menoristas e garantistas. De um lado legalidade, contraditório e ampla defesa, de outro, que desafia uma cultura judicial amparada na discricionariedade e centralidade na privação de liberdade; de outro indeterminação do tempo das medidas socioeducativas, ausência de proporcionalidade[38].

Enfim, é preciso dizer, nesse contexto, que as políticas de justiça juvenil não são únicas e estáticas. Há tensões de diversas ordens[39] e os modelos de justiça

36. MACHADO, Érica Babini; SANTOS, Milena Oliveira dos. Influências criminológicas e ambiguidades: em busca de uma hermenêutica para a justiça juvenil. Direito penal, processo penal e criminologia [Recurso electrónico]. ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot (Coords.). – *Zaragoza*: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. Disponível em: [www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Vol-25-dir-penal-processo-penal-e-criminologia.pdf].

37. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

38. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) –. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

39. FELD, Barry C. *Bad kids:* race and the transformation of the juvenile court. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999.

juvenil lidam com políticas contraditórias de retribuição, responsabilização, direitos, restauração e reabilitação[40]. De todo modo, há uma espécie de consenso doutrinário de que a resposta estatal aos jovens a quem se imputa o cometimento de um delito é inadequada, não obstante odos concordarem que precisa ser especializada[41].

Fato é que, ante três modelos – assistencialista, punitivo e filosofia do amadurecimento – teoricamente o ECA fez a opção pela responsabilização diferenciada, aproximando-se da filosofia do amadurecimento, com intercâmbios do modelo tutelar, como visto.

No entanto, é preciso considerar que o ambiente social a promulgação do ECA era de altíssima violência, o que fez com que a novel legislação recebesse críticas de que seria branda, dificultando a implementação da mesma.

O sentimento de insegurança pública já teria resultado na aprovação da Lei de crimes hediondos (Lei 8.072/90) e toda uma onda de legislações criminalizantes da década de 1990[42] que resultaram numa política criminal expansionista.

A redução da idade penal é o exemplo significativo desse enfoque. Os trabalhos de Cappi e Budó[43] apontam que prevalece o discurso da punição[44] nos debates parlamentares da redução da maioridade penal em 1993 e 2010 e como mídia e parlamento mantêm relação imbricada e que aquela temática[45]. Em geral, apresenta Cappi[46], o adolescente é tido como perigoso, responsável pela insegurança

40. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

41. BELOFF, Mary. *Que hacer con la justicia juvenile*? Buenos Aires: Ad Hoc, 2016.

42. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e congresso nacional no Brasil pós-1988:* uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

43. BUDÓ, Marília de Nardin, CAPPI, Riccardo. *Punir os jovens?*: a centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

44. Entendido esse como adolescentes perigosos, responsáveis pela criminalidade urbana e, portanto, da insegurança, demandando-se do Estado, por sua vez, maior punição.

45. BUDÓ, Marília de Nardin. Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do encarceramento de adolescentes pobres no Brasil. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 541 f., 2013.

46. CAPPI, Riccardo. *A maioridade penal nos discursos parlamentares*: motivos do controle e figuras do perigo. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

social, cuja intervenção retributiva e dissuasiva deve substituir o texto constitucional de responsabilização especializada.

Como aponta Garland[47], o avanço da cultura do controle diminuiu o *status* da criança e do adolescente que passaram a receber tratamento punitivo semelhante ao adulto com a absorção da racionalidade penal adulta. Há, portanto, uma onda punitiva[48].

Portanto, apesar dos avanços normativos, em diversos países do mundo, desde 1980, iniciou-se a implantação da lógica do sistema penal no sistema de jovens[49], a ponto de "a justiça criminal juvenil está sendo invadida ou colonizada pelo sistema de pensamento da justiça criminal dos adultos, tal como ele se constituiu nos séculos 18 e 19"[50]. Prevalecendo o modelo de excluir para incluir.

No Brasil, após a promulgação do ECA, surgem novas narrativas, no âmbito do parlamento, de natureza conservadora e punitiva, que não existiam nos discursos até então, as quais "convivem com os discursos sobre a capacidade de discernimento dos jovens e sobre a leniência do modelo de intervenção adotado pelo ECA, considerado demasiado brando por parte daqueles que defendiam sua alteração"[51].

Na verdade, a busca pela punição, a população passa a exigir redução da idade penal, pena de morte, aumento do tempo do período de internação, reflexo do aumento da sensação e insegurança e o temor de ser vitimizado. Uma espécie de causa e feito que se retroalimenta: esperando o pior, faz-se o pior[52].

---

47. GARLAND, David. *A cultura do controle.* Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

48. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: CIFALI, Ana Cláudia [et. al]; SOZZO Máximo. *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

49. MUNCIE, J. The 'punitive' turn in juvenile justice: cultures of control and rights compliance in Western Europe and the USA. *Youth Justice*, 8, n. 2, 2008.

50. PIRES, A. Responsabilizar ou punir? a justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006. p. 23.

51. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. p. 164.

52. SANTOS, Mariana Chies Santiago. Resistentes, conformados e oscilantes: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no

Assim, "Uma das consequências essa tentativa de produção doutrinária é o afastamento do sistema de justiça juvenil da perspectiva garantista do Direito Penal, fazendo com que não haja qualquer reflexão acerca das políticas sociais e criminais nessa seara"[53].

Dá-se, assim o recrudescimento da política criminal, de modo que é preciso assumir que a normatização da Proteção Integral no mundo e no Brasil lida com novos valores: I) diminuição do walfare com incorporação de garantias do sistema adulto; II) Adulteração dos sistema de justiça, que no âmbito juvenil significa mais ênfase na defesa social do que na proteção da juventude, dado que as antigas políticas de walfere seriam muito soft; III) Prevenção de fatores de riscos, com neutralização dos danos em potencial decorrentes de, por exemplo, famílias desestruturadas, baixo controle familiar etc. ensejando intervenções precoces na vida dos adolescentes, com situações de identificação de comportamentos antissociais – excluindo aquele que já é marginalizado socialmente; IV) Responsabilidade de toda a sociedade em reduzir as taxas de criminalidade, como uma espécie de "governo à distância"; em que problemas sociais são rotulados como potenciais fatores criminógenos; V) incorporação de elementos atuariais, em que padrões de produtividade são estabelecidos; VI) expansionismo penal com aumento da população prisional e penalização da pobreza, com segregação de grupos sociais[54].

Ante esse cenário, como operam as práticas judiciais e como isso reflete na sociedade? Parte-se da hipótese de que "por mais que as leis acenem para um modelo de justiça juvenil não repressor, o plano dos discursos e das práticas pode não acompanhar essa tendência, seja em políticas de controle social, seja em práticas judiciais e institucionais"[55].

Ante essas possibilidades, como é orientada a produção normativa e quais são os critérios hermenêuticos aplicados pela magistratura?

Brasil e na França. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 2018.

53. SANTOS, Mariana Chies Santiago. Resistentes, conformados e oscilantes: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França. (Tese de doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 2018. p. 35.
54. MUNCIE, John. The globalization of crime control – the case of youth and juvenile justice: neo-liberalism, policy convergence and international conventions. *Theoretical Criminology,* 9(1), p. 35-64, 2005.
55. SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. *Entre leis, práticas e discursos.* Justiça juvenil e recrudescimento penal. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 55.

3. A racionalidade prática do sistema de justiça juvenil: o porquê punir da magistratura

Diversos trabalhos produzidos no país ao longo de anos discutem o significado da socioeducação como elemento estruturante da atividade judicial e como ela é compreendida pelo sistema de justiça. Discute-se como combinações de práticas punitivas são desenvolvidas – entre ampliação e restrição do controle penal e de proteção processual – cujos arranjos são justificados entre binômios de punição/proteção, ato infracional/necessidade pessoal e familiar etc.

Um balanço bibliográfico na área aponta uma série de ambiguidades e diferenças entre instâncias do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do ECA, levando à legitimação diversificada e a incompreensão do significado da socioeducação e da responsabilização de adolescentes que cometem ato infracional.

As ambiguidades, talvez, sejam uma chave de interpretação do porquê a ânsia da sociedade civil de redução da idade penal, não obstante uma série de contra-argumentos jurídicos, sociológicos e filosóficos à proposta. Cifali[56], inclusive, evidencia que a segurança pública assumiu o protagonismo do discurso no parlamento nos anos 2000, sendo a criminalidade do jovem considerada responsável pela violência urbana, que, estimulada pela representação social de "falta de punição"; deveria haver maior forma de punição[57] do adolescente, com a redução da idade e conseguinte punição semelhante à do adulto.

Essa representação da sociedade em geral, implica, dentre outras simbologias, a sensação de que é preciso fazer justiça com as próprias mãos, seja o particular ou as polícias, uma vez que o Poder Judiciário não terá a possibilidade de punir efetivamente.

Ao lado dessa perspectiva, é preciso reconhecer a convivência entre o ECA e uma série de práticas menoristas, como foi o caso da manutenção da FEBEM em São Paulo, cujas violências e maus-tratos levaram a à rebelião no complexo

56. CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

57. SANTOS, Mariana Chies Santiago. Resistentes, conformados e oscilantes: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 2018.

imigrantes, fato condenado pela Anistia Internacional, e a recomendação de fechamento do Complexo Tatuapé, também condenado em 2004[58].

Ante esse contexto, os estudos a seguir mapeiam como esses elementos são trabalhados na hermenêutica judicial.

Na fase policial o trabalho de Maria Simone Gonzaga[59] que entrevistou adolescentes, policiais e acompanhou a lavratura dos flagrantes na cidade do Recife indica haver o compartilhamento da crença entre policiais que os adolescentes não são responsabilizados, além de atuarem para aumentar violência urbana, aproveitando-se "das benesses do ECA". Assim, para as polícias, em geral, as humilhações, violações de direitos e violências físicas contra adolescentes, são necessárias para fazer valer o trabalho de rua.

Ainda na mesma cidade, Recife-PE, outra pesquisa[60] identificou a partir de observação de audiências nas Varas especializadas ilegalidades justificadas (como ausência de promotor ou defensor público ou quando presentes, a convergência sempre ocorre, sem defesa técnica efetiva do adolescente) para o andamento célere da justiça juvenil.

Nesse sentido, não há escuta do adolescente, nem de sua família, muito menos tratamento humanizado. Tudo é realizado mecanicamente e com imposição da autoridade judicial e desmoralização do jovem, percebido como imoral, desqualificado (...) mentiroso. Com isso, ocorre frequentemente intervenção moral da vida da família e do adolescente.

> "É possível dizer que a racionalidade prática do isolamento institucional é sustentada por procedimentos interpretativos, empregados de maneira análoga tanto pelos juízes quando pelos funcionários das unidades de internação que transformam fatores estruturais e externos à ação – elaborados nas teorias

58. PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Orgs.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.

59. OLIVEIRA, Maria Simone Gonzaga de. Cultura Policial e criminalização juvenil: uma pesquisa sociojurídica na delegacia de polícia de atos infracionais de Recife/PE. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, 2019.

60. MACHADO, Érica Babini L. do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

> nativas como causas da infração – em características individuais transformáveis pela ação institucional e pela vontade do adolescente".[61]

Outra questão que pode variar muito, a depender da compreensão que se assume sobre a função da medida socioeducativa é a seguinte reflexão: se o magistrado e o promotor de Justiça estão atuando em prol do melhor interesse do adolescente, qual seria o sentido da defensoria? Iria se contrapor a quem?

Vários autores[62-63-64] comentam sobre a dimensão central das audiências para "dar uma lição nos adolescentes" e suas famílias.

No que tange às sentenças de imputação da medida socioeducativa de internação, em Recife, a pesquisa identificou que o padrão mais importante dos fundamentos decisórios é: quando o ato infracional é por si só grave e/ou há provas de autoria e materialidade, isso por si só justifica a medida socioeducativa de internação, seguindo a lógica da proporcionalidade, própria do Direito Penal; mas quando não há indicativos de autoria e materialidade, parte-se para fundamentações baseadas em rompimentos familiares, educacionais, riscos comunitários e uso de drogas, como se esses elementos, independentemente da existência de ato infracional, justificassem a imposição de internação. E nesse caso, é nítido o fato de o juiz crer que pode suplantar eventuais deficiências da relação pai e filho, acreditando poder realizar a autoridade que os pais falharam[65].

---

61. ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida de internação em São Paulo. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, 2016. p. 224.
62. PAULA, Liana de. Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
63. SARTÓRIO, Alexsandra Tomazelli; ROSA, Edinete Maria. Novos paradigmas e velhos discursos: analisando processos de adolescentes em conflito com a lei. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 103, p. 554-575, jul.-set. 2010.
64. CASTRO, Paulo Roberto de Andrade. A construção social do delinquente menor de idade na esfera jurídica. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Centro de Estudos Gerais, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, 2006.
65. MACHADO, Érica Babini L. do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

Flora Sartorelli identificou algo semelhante, analisando as práticas judiciais em relação à execução da medida de internação no Rio de Janeiro. Verificou que, para manter, progredir ou liberar o adolescente da execução da medida de internação, depende de critérios vinculados à racionalidade tutelar que convivem com critérios retributivos, sendo a gravidade elemento central nas avaliações – "ao que tudo indica, é a gravidade do ato o principal termômetro para saber do quanto de intervenção 'socioeducativa' o jovem precisa"[66].

A pesquisa de Thiago Oliveira, em São Paulo, com metodologia diferente, mas tomando os mesmos objetos, identificou que há uma enorme discricionariedade dos juízes, em que, ora as características dos adolescentes, ora a gravidade da ação criminal era largamente analisada.

Assim, nos casos de roubo e crimes contra a vida, a punição é severa e a probabilidade da punição é a internação. Porém, esse modelo não segue especificamente a proporcionalidade, quando variáveis referentes a uso de drogas, raça, ocupação, são inseridos, alterando-se o quadro de probabilidades de internação. Inclusive evidencia que quando há rompimento do perfil esperado do adolescente que pratica esses atos, os promotores de justiça, no momento da oitiva informal, "voltam atrás" do procedimento que previamente haviam previsto.

É que, também, verificou o pesquisador que "a busca pela eficiência em particular, influencia todo o processo de tomada de decisões no sistema de justiça juvenil" [67]. Nesse sentido, percebeu que acordos informais entre os atores processuais são a regra e que a decisão inicial do Ministério Público, na oitiva informal, é central para todo deslinde processual. Inclusive, em nome da eficiência, identificou que as decisões são tomadas previamente da oitiva dos adolescentes:

> "Quando os adolescentes chegam à sala do Promotor de Justiça, sua representação – ou arquivamento/remissão ou mesmo o encaminhamento do acordo – já está escrita e impressa, com a medida socioeducativa sugerida ali exposta. O Promotor, ou mesmo o escrivão, analisa o boletim de ocorrência e o relato policial de cada caso e, a partir dessa consulta documental, toma a decisão. Isto é, são os documentos, não as conversas ali, que definem a tomada de decisões."[68]

66. SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. *Entre leis, práticas e discursos*. Justiça juvenil e recrudescimento penal. São Paulo: IBCCRIM, 2019. p. 183.

67. OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. *Mecanismos sociais de decisões judiciais: um desenho misto explicativo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, Brasil. 2016. p. 215.

68. OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. *Mecanismos sociais de decisões judiciais: um desenho misto explicativo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação*. Dissertação

Não diferente a pesquisa de Gustavo Silva em Belo Horizonte identificou, a partir de uma investigação sobre fluxo da construção do ato infracional, que tipos sociais são construídos paulatinamente a cada etapa do sistema de justiça.

Assim, percebeu que critérios como ocupação, composição familiar e uso de drogas são fundamentais no tratamento que será dado durante todo o processo judicial. Desse modo que restou evidenciado o caráter moral impregnado nos atos judiciais:

> "os agentes envolvidos no fluxo de tomada de decisão na Justiça Juvenil se utilizam de formas de tipificação a priori que organizam a acusação de desvio, principalmente no que diz respeito aos jovens envolvidos no tráfico de drogas."[69]

A pesquisa repete a identificação da violação de garantias, especialmente devido à ausência da defensoria pública, e que as medidas são aplicadas a partir de questões individuais dos adolescentes; de modo que "os juízes aplicam medidas sócio-educativas para suprimirem uma deficiência ou falta de políticas públicas, principalmente na área social, como é o caso da educação e da saúde"[70].

Na mesma cidade, Belo Horizonte, constatou-se que a defensoria pública seria "deficiente, estando ausente em vários atos"[71] ou mesmo "o Ministério Público que não intervém em vários procedimentos"[72], "cabendo a centralidade à figura do juiz"[73].

(Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, Brasil. 2016. p. 215.

69. SILVA, Gustavo de Melo. Ato infracional: fluxo do sistema de justiça Juvenil em Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 150.
70. SILVA, Gustavo de Melo. Ato infracional: fluxo do sistema de justiça Juvenil em Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Minas Gerais, 2010. p. 153.
71. BUGNON, Géraldine; DUPREZ, Dominique. Olhares cruzados sobre o atendimento institucional aos adolescentes infratores no Brasil. *Dilemas*, v. 3, n, 7, 2010. p. 159.
72. SCHUCH, Patrice. Práticas de justiça: uma etnografia do "campo de atenção ao adolescente infrator" no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p. 152-264.
73. MIRAGLIA, Paula. Aprendendo a lição: uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. *Novos estud. – CEBRAP*, São Paulo, n. 72, 2005. p. 92.

Pesquisa realizada nos prontuários do Complexo Tatuapé em São Paulo, indica que adolescentes têm, em maioria, uma única passagem no sistema socioeducativo, são negros e pardos inclusive casos de adolescentes "abrigados, jovens que eram entregues por educadores de rua"[74].

Trabalhando com os mesmos documentos, Oliveira e Alvarez apontaram, por análise multivariada, que há uma proporcionalidade entre tipo de infração e espécie de medida socioeducativa, de modo que infrações graves e roubo levam os adolescentes, estatisticamente, a provável submissão à medida de internação. No entanto, essa proporcionalidade perde sua força quando são acrescentados outros fatores, como o perfil social do adolescente, em que, por exemplo, quando desempregados têm maiores possibilidades de serem internados. Assim concluem "a despeito desse esforço normativo, é possível supor teoricamente e que a justiça juvenil ainda opera sob a lógica menorista, buscando internar jovens *irregulares* a despeito da gravidade de suas infrações"[75].

A análise desse *corpus* é riquíssima e indica muito das práticas institucionais no exercício da cidadania pretendida pelo ECA. Liana de Paula, usando os mesmos documentos, mas com perguntas e metodologias distintas, indica que existe uma violência constante nas unidades de internação, seja entre adolescentes ou entre funcionários e adolescentes, com a diferença que nos primeiros – ocorrência disciplinar – há inúmeros registros e consequências em termos de "castigos/punições", e nos segundos os castigos físicos são pouco registrados, não obstante existirem, pois podem ser percebidos por outros documentos, como as entradas médicas. Nesses últimos casos, "fica evidente que o castigo físico 'parece ser um recurso tacitamente aceito para manter a ordem na unidade' [...] nesse caso, 'esses sistemas pouco se relacionam com os objetivos declarados da medida socioeducativa'"[76].

Passando a análise aos órgãos de segundo grau, pesquisas realizadas, ao longo do ano de 2009, analisaram o comportamento de diversos Tribunais de Justiça no

74. ALVAREZ, M. C.; SALLA, Fernando; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do Complexo Tatuapé (São Paulo/SP, 1990-2006). *Anais*. 7º Encontro ABCP, Recife, PE, 2010. p. 21.

75. ALVAREZ, M. C.; OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. Pastas e prontuários do "complexo Tatuapé" (São Paulo/SP, 1990-2006): fatores determinantes na aplicação da medida socioeducativa de internação. *Anais*. 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014. p. 27.

76. PAULA, Liana de. Práticas socioeducativas e garantias de direitos: pensando a (des) constituição do sujeito de direitos a partir da internação e adolescentes. *Anais*. 39º Encontro Anual da ANPOCS, 2015. p. 16 e 17.

país e do Superior Tribunal de Justiça, quando se trata de aplicação das medidas de internação, e apontaram alguns aspectos aqui reproduzidos.

Com relação ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, segundo os pesquisadores:

> "Dos 184 acórdãos encontrados no recorte temporal da pesquisa, 167 estão aqui analisados. Os atos infracionais em debate foram majoritariamente aqueles equiparados aos crimes de roubo, 25,56%, de tráfico de entorpecentes, 23,33% e de furto, 14,44%. Muito embora a medida de internação deva ser reservada aos casos mais graves que comportem violência e ameaça à pessoa, foram encontrados também casos de porte ilegal de arma."[77]

Tal resultado demonstra claramente o desrespeito dos magistrados à excepcionalidade preconizada pelo ECA, já que, mesmo para casos estranhos às hipóteses taxativas previstas na lei para a aplicação da medida de internação (como o tráfico de entorpecentes, o furto, porte ilegal de arma – delitos em que não há violência ou grave ameaça), esta aparece como a solução primeira, contradizendo completamente os preceitos da proteção integral.

Já no Tribunal de Justiça de Pernambuco, os resultados não se distanciaram muito do que se concluiu no STJ ressaltando:

> "a) 'desajuste pessoal e propensão para a violência reclamam pronta e enérgica intervenção do Estado, com vistas a dar ao infrator a dimensão da reprovabilidade social que pesa sobre sua conduta, impondo-se a medida socioeducativa provisória, objetivando a garantia da integridade do próprio reeducando'".[78]

Inclusive, no que tange à razão de ser da socioeducação utiliza-se o discurso de proteção do adolescente para justificar a decretação da internação provisória "operando profunda confusão entre seu caráter e eventual medida protetiva que se faça necessária para garantir a integridade do adolescente"[79].

---

77. SAL – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). *ECA*: apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes. Brasília, 2010. (Série Pensando o Direito. N. 26/2010 – versão publicação). p. 240.
78. SAL – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Série Pensando o Direito. *ECA:* apuração do ato infracional atribuído a adolescentes. Brasília, 2010. (Série Pensando o Direito. N. 26/2010 – versão publicação). p. 25.
79. SAL – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). *ECA*: apuração do ato infracional atribuído a adolescentes. Brasília, 2010. (Série Pensando o Direito. N. 26/2010 – versão publicação). p. 25.

> "c) 'Isto porque o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) não está ligado ao caráter punitivo da reprimenda. Ao contrário de visar a punição do menor infrator, pretende assegurar-lhe proteção e educação, através de medidas socioeducativas, sem critérios rígidos de duração. Assim como não é aplicada a pena prevista no delito análogo à infração praticada, também não há que se falar em aplicação de regras que são afetas à pena cominada, como atenuantes e conduta social do adolescente sentenciado'."

Trabalhando com acórdãos paradigmáticos do STJ, Cornellius[80] traz as seguintes conclusões sobre o modo decisório:

> "a) estabelecem uma correlação entre a prática de ato infracional grave com a existência de desajuste social e moral no adolescente; b) invocam o princípio da proteção integral para afastar garantias processuais; c) consideram o tráfico de drogas como ato infracional violento, o que permite a imposição da medida de internação; d) invocam a necessidade de proteção do adolescente para privá-lo de liberdade, ao mesmo tempo que; e) atribui à internação uma índole eminentemente segregadora, cuja tarefa é a retirada do convívio social, negando seu caráter pedagógico."

Inclusive, o caráter indeterminado[81] da medida socioeducativa de internação, decorrente desse argumento de negação do caráter penal, é uma violação à legalidade, bem como à proporcionalidade, uma vez que a aplicação se sujeita à avaliação judicial, o que naturalmente impregna-se de subjetivismo e fica à margem do controle da legalidade.

Recentemente, o STJ, por meio do HC 348.360-SP[82], passou a permitir a execução da medida socioeducativa independente da interposição de apelação, tornando explícita a racionalidade da justiça juvenil orientada pelo encarceramento em massa, e, pior, destituído de garantias processuais[83]. Pesquisa recente sobre

80. CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 2017.

81. Porque o ECA não estabeleceu correspondência entre os atos e quantidade de sanção a ser aplicada.

82. BRASIL. HC 348.360/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (voto), *DJe* 13.05.2016.

83. Trata-se da afronta ao texto Constitucional ao princípio da presunção da inocência quando da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

o tema conclui: "o menorismo opera como metarregra central da Justiça Juvenil brasileira pós-1988"[84].

Liana de Paula[85] reforça o argumento ao apontar que o público alvo destinatário das políticas de proteção é o mesmo do da socioeducação, o que reitera o pressuposto que os discursos e práticas de correção de desvio são os adolescentes pobres, de modo que continua sendo a pobreza a chave explicativa da causa dos ato infracionais, um problema social que cabe ao Estado intervir, revelando a permanência da "questão do menor".

Eduardo Cornellius[86], em seu estudo, leva a seguinte problemática:

> "ampliação do controle penal e restrição de garantias são, de fato, o modelo de punição de adolescentes que o STJ estabelece como legítimo? Na instituição dessa prática punitiva que se pretende legítima, quais são as formas pretensamente legítimas de se pensá-la?"

Demonstrou que o Tribunal tanto amplia como reduz o controle penal seguindo orientação literal do ECA e, em termos de garantias processuais, depende da qualidade do ato – se grave dispensa garantias, se leve, leva-as em consideração.

> "Tais conclusões são extremamente reveladoras da posição do tribunal, visto que, diante da possibilidade de favorecer qualquer das partes, optou por decidir em favor da acusação de modo majoritário, tanto em casos processuais quanto em casos materiais. Contudo, como mencionado anteriormente, é importante observar como o tribunal decide em relação àquilo que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê. Dessa forma, é possível obter uma percepção mais acurada do comportamento do tribunal, visto que tanto defesa quanto acusação podem ter solicitado interpretações jurídicas que destoam do que o Estatuto estabelece."[87]

84. SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário Brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 129, ano 25, p. 257-284, 2017.
85. PAULA, Liana de. Da "questão do menor" à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. *Civitas,* Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 27-43, jan.-mar. 2015.
86. CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 2017.
87. CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 2017. p. 140.

A referida pesquisa também indica a diferente forma de tratamento entre casos graves e leves, o que, apesar de não fazer referência à função da medida, majoritariamente, simbolicamente comunica a legitimação de tratamento para cada caso.

Tudo isso é também conformado com a ausência de mudança significativa com a edição da Sum. 492, STJ. A pesquisa de Ana Paula Costa e Gabriela Armani[88] apontou a inexistência do impacto da alteração da súmula, indicando que é viável crer que o tribunal ou ignora a súmula ou interpreta-a no sentido de autorização de ampliação da internação por tráfico.

Em conclusão, pode-se levar em consideração que o foco de atuação do STJ é na defesa social e na base histórica do menorismo de que a justiça juvenil não se deve focar na formalidade do processo penal do adulto, porque é para proteger o adolescente e ressocializá-lo. Um claro movimento menorista!

Como se vê, a racionalidade prática é retributiva, mesclada com elementos da doutrina da situação irregular, o que leva a violação de direitos. A lógica de uma defesa social, operada em aberturas hermenêuticas da legislação, terminam por fazer com que decisões judiciais sejam autoritárias, absolutamente contrárias ao modelo democrático do Estado brasileiro, e principalmente à estrutura emancipatória da Doutrina da Proteção Integral.

O que emerge de grave nesse contexto é que esses espaços de discricionariedade, na realidade do punitivismo brasileiro, só terão um resultado: perversão com estigmatização e controle de uma parcela da juventude.

Enfim, é preciso (re)conhecer essas racionalidades, mas partir do pressuposto que a justiça juvenil deve incentivar a justiça de adultos, e não o inverso, como informa Álvaro Pires. Logo, é preciso introduzir garantias constitucionais sem que isso fique vinculado à teoria da pena, de modo a pensar "a pena, a proteção e a inclusão social, se pensar a proporcionalidade entre o crime e a pena [...] uma nova teoria da intervenção penal"[89].

Enfim, a racionalidade penal moderna tem fortíssimas influências na mentalidade judicial na prática da justiça juvenil mescla-se com heranças menoristas,

88. ARMANI, Gabriela Fischer; COSTA, Ana Paula M. Juventude, tráfico de drogas e política criminal: uma análise da edição e aplicação da Súmula 492/2012 do STJ. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de; AVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Gisele Mendes de. (Orgs.). *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.

89. SCHUTZ, Alfred. El problema de la realidad social. *Escritos I*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2003.

implicando ambiguidades que, trabalhando em níveis simbólicos de hierarquia de valores, faz desaguar na padronização de quem é o adolescente perigoso; indica padrões de normalidade, reforçando sensibilidades punitivas em torno do adolescente que mais carece de proteção do Estado.

A partir desse conteúdo já é possível inferir as consequências desses processos na sociedade. É o conteúdo que se ocupa o próximo item.

4. Concepções nativas e consequências: uma abordagem metodológica

Neste trecho, discute-se as formas como são elaboradas interpretações e como são convertidas em racionalidades, teorias nativas que sustentam o fazer judicial. A base dessa compreensão é a abordagem da tradição etnometodológica, em que, ao lado da análise macro, ganha a perspectiva da fenomenologia[90] que é um olhar micro das relações sociais, buscando entender a vida cotidiana, cuja existência é resultado de uma série de relações.

Assim, pretende-se observar como atores envolvidos no fenômeno estudado, no caso, os magistrados, ordenam objetivamente suas atividades; o que significa crer que é possível suspender a crença numa realidade objetiva, ordenada, para verificar como cada um vive no mundo social em que está inserido; espelhando em sua atividade as próprias representações da sociedade em que está inserido.

É uma forma de olhar espelhado entre representações sociais e prática judicial que se retroalimenta.

A base do saber tem como tarefa central explorar a complexidade da atitude natural que segundo a lógica fenomenológica, ações sociais são universalmente dadas ao homem desde o nascimento que as aceita tacitamente, mas cada qual atribui uma definição pessoal do seu agir no mundo, a partir de sua situação biográfica[91] e acervo de conhecimento à mão[92].

---

90. GISI, B.; TONCHE, J.; ALVAREZ, M.; OLIVEIRA, T. A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil – Entrevista com Álvaro Pires. *Plural*, v. 24, n. 1, p. 124-160, 30 ago. 2017.

91. Trata-se de conceito elaborado por Schutz que indica que apesar das formas universais, cada indivíduo as vive de acordo com suas experiências que são vividas exclusivamente por eles.

92. São tipificações sobre o mundo dadas desde o nascimento e utilizadas como técnicas para compreender e controlar o próprio mundo. SCHUTZ, Alfred. El problema de la realidad social. *Escritos I*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2003.

Assim, o objetivo do pesquisador é compreender como os homens definem essas situações, como uma espécie de suspensão da crença na realidade do mundo para identificar o modo pelo qual os homens interpretam, na vida diária, seu próprio mundo.

Trata-se, assim, de investigar como o mundo do senso comum faz com que as aparências se tornem inteligíveis, o que leva a compreender como a realidade objetiva é apreendida pelo homem[93], ou em outras palavras, o objetivo é identificar o caráter racional das atividades socialmente organizadas.

Ocorre, porém, que entre esses sentidos, os próprios indivíduos estabelecem hierarquias conforme os valores que partilham, categorizando o mundo e negociando os sentidos entre outros indivíduos em cada experiência de convívio coletivo na vida cotidiana.

É relevante, porém, cuidados, pois não se ignora a estruturação precedente que, em nível de organização social, é mais permanente, tal qual classe, grupos de *status*, estratos e pertencimentos são pistas de padronagem no mapeamento das diversidades; permanecendo estável e imune, a curto prazo, à ação dos indivíduos em suas decisões cotidianas[94]. Aliás, o risco do culturalismo seria exatamente ver em tudo uma mudança permanente e automática, sem perceber instituições e valores de grande permanência e estabilidade dos grupos e indivíduos.

Outrossim, há também cautela no que Garfinkel[95] define como incompatível entre vida cotidiana e teorização científica, uma vez que aquela será marcada pela ausência de "racionalidades científicas". Isso porque aqui se busca analisar as racionalidades científicas de atores do sistema de justiça, pois são essas regras que governam e fundamentam o agir judicial.

O movimento etnometodológico, portanto, é deixar de partir de modelos de interpretação abstratos, conceituais, para iniciar a compreensão das racionalidades enquanto material empírico. É uma relação entre racionalidade e

93. GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology.* New Jersey: Prentice-hall, 1967.

94. A etnometodologia radicaliza no sentido de afirmar que toda ordem é precária, posto que não há um substrato material, basta estranhar. Os etnometodólogos têm uma visão subjetiva de mundo social e ignoram os efeitos que as estruturas objetivas exercem não somente sobre as interações sociais, como também sobre as pessoas submetidas à observação e à interrogação. É através dos sentidos que os atores atribuem a determinados objetos, às situações e aos símbolos que o cercam que se constrói o mundo social. A partir de um experiência criativa na construção de sua vida cotidiana e na medida em que surge um problema questionando a ordem, se introduz um elemento de perturbação.

95. GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology.* New Jersey: Prentice-hall, 1967.

inteligibilidade que busca compreender o sentido atribuído pelos atores no momento em que é veiculado.

Enfim, se há racionalidades que orientam o agir social, é analiticamente possível compreender o papel dos atores na produção da padronização e organização das atividades, o qual remete à noção de internalização de normas e regras sociais e, assim, o caráter racional das ações seria o resultado da conformidade dos atores a normas que serviriam como guias para a ação.

Nesse sentido, os procedimentos interpretativos fornecem um senso de ordem social necessário para que a ordem normativa exista, seja negociada e construída[96].

É então possível aproximar a etnometodologia a padrões sociais tidos como esquemas interpretativos utilizados pelos atores para compreender e coordenar suas ações, como a lógica do *frame*[97] de Goffman. O cuidado, porém, é que Goffman trabalha com estruturas condicionantes (*frameworks*) prévias que orientam as interações sociais, para evitar dizer que determinam, razão pela qual Goffman não atribui relevância ao trabalho interpretativo dos atores no reconhecimento e exibição na prática da inteligibilidade das situações; o que é bem diferente da perspectiva etnometodológica.

Apesar dessas considerações, há um ganho analítico na junção das abordagens que é perceber a relação entre racionalidade e contexto, em que a inteligibilidade de uma ação depende do quadro que organiza os sentidos da situação para ter normalidade.

A importância do diagnóstico sobre a racionalidade do Poder Judiciário já apresentado é o fato de guardar relação com as sensibilidades que orientam as práticas sociais, como legitimação da punição, o que tomando as concepções da sociologia da punição de David Garland[98], pode-se dizer que contribui para a formação de sensibilidades sociais sobre questões como crime, criminoso e papel do Estado, as quais passam a orientar as práticas dos atores envolvidos no campo da punição, bem como o maior ou menor apoio social que possuem.

---

96. CICOUREL, Aaron. *The social organization of juvenile justice*. London: Transaction Publishers, 1995.

97. Trata-se de molduras que definem fronteiras e conteúdos que orientam as ações, as expectativas e o envolvimento com a atividade. GOFFMAN, Erving. *Frame Analysis:* An essay on the Organization of Experience. New York: Harper & Row, 1974.

98. GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna:* un estúdio de teoria social. Buenos Aires: Sigo XXI editores S.A, 1999.

Prática e significação, portanto, retroalimentam-se. Daí a importância de se estudá-las em conjunto.

Sim, porque, desse ponto de vista, os sentimentos da população são diretamente ligados ao que comunica simbolicamente a instituição, afinal, para Garland[99], a punição "oferece um modelo básico para o nosso entendimento sobre as outras pessoas e sobre nós mesmos". Por essa razão as práticas punitivas espelham os valores, os comportamentos e sentimentos dos laços que conectam indivíduos entre si e outras instituições centrais da sociedade como família, por exemplo.

Cornelius exemplifica o raciocínio:

> "considerando os atuais contornos da punição no Brasil, pode-se concluir que o Estado, ao adotar cada vez mais a pena de prisão como resposta à criminalidade, afirma sua legitimidade social como resposta ao crime e, ao enviar pessoas ao cárcere, contribui para a formação de um consenso social sobre essas pessoas."[100]

O que se quer aqui elencar é que se trata da autoridade simbólica do Estado, o que Bourdieu chama de função gnosiológica (relativa ao conhecimento) dos sistemas simbólicos[101], ou seja, permite verificar que os atos de Estado, de fato, influenciam no modo como os indivíduos concebem o mundo.

Nesse sentido, a abordagem não se dirige ao juiz, mas aos conteúdos que eles simbolizam. O magistrado, ausente enquanto tal, está presente como expressão de padrões de organização social, de modelo de comportamento interpessoal e de um certo tipo de saber. O quadro organizacional de que se fala – medida socioeducativa de internação – está a associado a modelos de comportamentos interpessoal que nele se inspiram e se reproduzem. Enfim, a representação social do magistrado veicula um modelo do homem e da sociedade.

Ilustrando didaticamente o raciocínio, pontua Cornellius:

> "Se o direito – assim como a linguagem, a arte e a religião, entre outros – for entendido como um sistema simbólico, isto é, como um instrumento de conhecimento e de comunicação, que torna possível um consenso acerca do

99. GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna:* un estúdio de teoria social. Buenos Aires: Sigo XXI editores S.A, 1999.

100. CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, 2017.

101. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 [1989]. p. 9.

> mundo social e que contribui para a reprodução da ordem social, pode-se observar que ele exerce um poder simbólico: o de impor determinadas formas de conhecimento da realidade. Essa imposição, porém, não é percebida como construção social arbitrária – ou seja, que poderia ser de outro modo –, mas como algo inquestionável, natural."[102]

Para além do efeito simbólico, há outro igualmente relevante: instituir o que é legítimo e ilegítimo. Isto é, pontuar quem é perigoso, decorre de uma visão oficial de Estado que além de categorizar, indica que a hierarquização é fundamental, levando à naturalização do que define.

É nesse contexto, portanto, que a revisão de literatura foi realizada. As consequências das decisões emanadas pelos magistrados reforçam os estereótipos de que os adolescentes em conflito com a lei são perigosos, incontroláveis e ao mesmo tempo informam que o modelo da justiça juvenil não é responsabilizatório do ato infracional. Os fundamentos decisórios contribuem para promover a (falsa) crença de que o ECA precisa ser alterado para maior punição do adolescente, alimentando os argumentos de redução da maioridade penal, por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações apontadas, é preciso ponderar que a investigação sobre as racionalidades é importante, dado o caráter justificativo que estabelece na organização do pensamento jurídico, tanto do ponto de vista normativo, como a partir da prática judicial.

Como consequência, o fazer judicial estabelece parâmetros de definição estatal sobre o permitido e o proibido, reforçando a lógica maniqueísta do cidadão bom e mal; informando valores para a sociedade civil, ao mesmo tempo em que, o magistrado, enquanto ator de ambos os universos, reflete aqueles padrões morais em seu agir judicial.

Nesse sentido, dentre as possíveis racionalidades no âmbito do sistema juvenil – retributiva, assistencialista e de proteção integral –, prevalecem a perspectiva aflitiva e da doutrina da situação irregular, sendo relegada ao plano eminentemente teórico a proteção integral, o que significa, em termos práticos, abdicar de garantias penais e processuais.

---

102. CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, Universidade de São Paulo, 2017.

Assim, o pêndulo leva ao "retribucionismo hipócrita e um paternalismo ingênuo"[103].

Da mesma forma, a execução da medida socioeducativa é permeada pela lógica correcionalista, em que os valores morais do julgador são impregnados na prática do cotidiano da privação de liberdade dos adolescentes, sem qualquer respeito à autonomia moral de cada um.

Por fim, em diversos locais do país, foi constatado que a prática judicial leva à responsabilização do adolescente por quem ele é, e não pelo que ele fez, de modo que ranços menoristas ainda prevaleçam no sistema de justiça, como se o magistrado se colocasse como um pai de família, responsável pela identificação da situação irregular em que se encontrava o menor, e, independentemente de controle de legalidade de sua atuação, porque, afinal, estava agindo no sentido da proteção, aplicava-lhe medidas para a reversão daquela situação de abandono-delinquência.

Do fim ao cabo essa racionalidade é arbitrária e violenta, perversa, pois a trajetória de vida é avaliada pelo magistrado conforme seus próprios parâmetros, além de retirar a escolha do adolescente, infantilizando-o, quando, na verdade, a pretensão socioeducativa seria emancipá-lo[104].

Admitir que o sistema de justiça é guiado para que a medida socioeducativa de internação deva complementar e superar os *deficits* do processo de socialização é assumir que este sistema é voltado para adolescentes pobres e marginalizados, legitimando a sua operação seletiva. O problema é produzir uniformidades inaceitáveis, com aceitação plena do Estado ter disponibilidade "absoluta de sujeitos vulneráveis que, precisamente, por esta situação, ainda são considerados em situação irregular"[105].

Na prática, o que termina se vendo, levando em conta o alto índice de seletividade do sistema punitivo, é que os adolescentes de classes sociais mais baixas com histórico de desvantagens econômicas são mais punidos do que os adolescentes de classes mais avantajadas, de modo que protege aqueles que têm mais

103. MENDÉZ, Emílio García. Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* v. 6, n. extra 10, p. 261-275, 2000.

104. SILVA, Roberto Baptista Dias da. Abolicionismo penal e os adolescentes no Brasil. In: PASSETI, Edson. *Conversações abolicionistas*. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 137.

105. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 217.

chance de socialização e é injusto e viola a dignidade daqueles que já a tem e apresentam menos chance de socialização[106].

Esse quadro é esquizofrênico, pois as vítimas do sistema punitivo são os mais débeis e são exatamente aqueles que precisam que o poder público os represente e atue por eles, porém este poder público não tem tido a capacidade de responder à questão – quem custodiará os custodiados[107]?

De uma forma ou de outra, essas ambivalências e contradições levam a um processo de normalização da adolescência, por meio de novas formas de controle do crime com aparência não repressiva, como aduz Garland ao referir-se à substituição da velha pela nova penologia: "este processo de transição revelou sinais de continuidade e descontinuidade, de ajustes, sendo as estruturas estratégicas reconfiguradas a partir de elementos novos e antigos"[108]. Ou seja, a lógica penal está introjetada nas práticas judiciárias.

Enfim, reproduz-se no âmbito da justiça juvenil a sistemática de violações de direitos humanos, tal qual os valores compartilhados pela sociedade brasileira em que, na expressiva proporção de 57% da população, concorda com a afirmativa de que "bandido bom é bandido morto" [109].

É preciso buscar alternativas. Ana Paula Motta Costa e Dani Rudnicki[110] vislumbram a possibilidade de legitimar a socioeducação através do garantismo penal. Acreditam que se um sistema legalista for implementado, é possível concretizar os efeitos benéficos. Partindo do pressuposto de que a MSE possui caráter sancionatório e restritivo de direitos, entendem que a imputação de responsabilidade deve ser um meio de auxiliar na organização dos referenciais de convivência social. Nessa direção, vê-se que consideram que responsabilização dos adolescentes faz parte da dimensão educativa das medidas, as quais devem

106. COUSO, Jaime. Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenile. In*:* UNICEF. *Justicia y derechos del niño,* n. 8. Chile, 2006.

107. MELOSSI, Darío. Ideología y Derecho Penal. Garantismo Jurídico y criminología crítica: ?Nuevas ideologyas de la subordinacíon? *Revista Nueva Doctrina Penal,* Buenos Aires, p. 75-86, Del Porto Ed, 1996.

108. GARLAND, David. *A cultura do controle.* Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 72.

109. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, Ano 10, São Paulo, 2016.

110. COSTA, Ana Paula Motta; RUDNICK Dani. Sistema Socioeducativo: uma proposta de gestão institucional "continente" e garantidora de direitos humanos. *Revista direitos fundamentais e garantias*, v. 17, n. 2, 2016.

conduzi-los à apropriação da sua realidade individual. Para tanto, sustentam que os responsáveis pelo funcionamento da máquina socioeducativa tenham a obrigação de proporcionar um processo de aquisição de direitos socialmente negados, em uma espécie de resgate, supostamente concretizável por meio de um recente instrumento introduzido no ordenamento infracional brasileiro pela lei do SINASE: o Plano individual e PIA. Mas desde que a responsabilização decorra do ato infracional, e não das suas necessidades individuais.

Referências

ALMEIDA, Bruna Gise. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida de internação em São Paulo. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, 2016.

ALVAREZ, M. C. A emergência do Código de Menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

ALVAREZ, M. C.; OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. Pastas e prontuários do "complexo Tatuapé" (São Paulo/SP, 1990-2006): fatores determinantes na aplicação da medida socioeducativa de internação. *Anais*. 38º Encontro Anual da ANPOCS, 2014. p. 27.

ALVAREZ, M. C.; SALLA, Fernando; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do complexo Tatuapé (São Paulo/SP, 1990-2006). *Anais*. 7º Encontro ABCP, Recife, PE, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança pública, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades. In: CIFALI, Ana Cláudia [et. al]; SOZZO Máximo. *Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

ARMANI, Gabriela Fischer; COSTA, Ana Paula M. Juventude, tráfico de drogas e política criminal: uma análise da edição e aplicação da Súmula 492/2012 do STJ. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de; AVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Gisele Mendes de. (Org.). *Criminologias e política criminal* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC. Florianópolis: CONPEDI, 2014. v. 1.

BARATTA, Alessandro. Elementos de um nuevo derecho para la infância y la adolescência, *Capítulo criminológico*, v. 23, n. 1. Maracaibo, enero-junio, 1995.

BARBOSA, Danielle Rinaldi. A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil. *Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade,* 1(1): 47-69, 2009.

BELOFF, Mary. *¿Qué hacer con la justicia juvenile?* Buenos Aires: Ad Hoc, 2016.

BELOFF, Mary. Los Jóvens y el Delito: La responsabilidad es la clave. In*:* MÉNDEZ, Emilio García (Orgs.). *Infancia Y democracia en la Argentina.* La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Buenos Aires: Del Signo, 2004.

BELOFF, Mary. *Infancia, ley y democracia en América Latina.* Compiladores: Emílio Garcia Mendez; Mary Beloff. Bogotá: Editora Temis, 1998.

BUDÓ, Marília de Nardin. Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do encarceramento de adolescentes pobres no Brasil. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 541 f., 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin, CAPPI, Riccardo. *Punir os jovens?*: a centralidade do castigo nos discursos midiáticos e parlamentares sobre o ato infracional. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010 [1989].

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório. *Dos espaços aos direitos*: a realidade das medidas socioeducativas para adolescentes do sexo feminino nas cinco regiões. Brasília: CNJ, 2014.

BRASIL, Ministérios dos Direitos Humanos. *Levantamento Anual Sinase 2016.* Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

BRASIL. HC 348.360/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura (voto), *DJe* 13.05.2016.

BRASIL. HC 62179/RJ 2006/0146556-5, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.08.2007, T5, 5ª T. Data de Publicação: *DJ* 24.09.2007.

BRASIL. Lei 12.594 de 18 de Janeiro de 2012.

BUGNON, Géraldine; DUPREZ, Dominique. Olhares cruzados sobre o atendimento institucional aos adolescentes infratores no Brasil. *Dilemas*, v. 3, n, 7, 2010.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e congresso nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CAPPI, Riccardo. *A maioridade penal nos discursos parlamentares*: motivos do controle e figuras do perigo. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, Ano 17, números 19/20, 1º e 2º semestres de 2012. p. 463.

CASTRO, Paulo Roberto de Andrade. A construção social do delinquente menor de idade na esfera jurídica. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Centro de Estudos Gerais, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niteroi, 2006.

SANTOS, Mariana Chies Santiago. Resistentes, conformados e oscilantes: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS. 2018.

CICOUREL, Aaron. *The social organization of juvenile justice*. London: Transaction Publishers, 1995.

CIFALI, Ana Cláudia. As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades. (Tese de Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. *O pior dos dois mundos?* A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

COSTA, Ana Paula Motta; RUDNICK Dani. Sistema Socioeducativo: uma proposta de gestão institucional "continente" e garantidora de direitos humanos. *Revista direitos fundamentais e garantias*, v. 17, n. 2, 2016.

COULON, Alain. *Etnometodologia*. Petrópolis: Vozes, 1995.

COUSO, Jaime. La especialidad del derecho de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del derecho penal sustantivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, n. XXXVIII, p. 267-322, 1º semestre, 2012.

COUSO, Jaime. Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenile. In: UNICEF. *Justicia y derechos del niño,* n. 8. Chile, 2006.

COUSO, Jaime. Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos. In*: Justicia y Derechos del niño*. Santiago: UNICEF, 1999.

DIGIÁCOMO, Murilo. Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

FELD, Barry C. *Bad kids:* race and the transformation of the juvenile court. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999.

FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 12. São Paulo, 2018.

FBSP. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Ano 10. São Paulo, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Prefácio a infância.* GARCÍA MENDEZ, Emílio; BELOFF, Mary. Ley y Democracia en América Latina. Buenos Aires: Temis, 1999.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Por um realinhamento dogmático da culpabilidade no Direito Penal Juvenil. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

GARFINKEL, Harold. *Studies in ethnomethodology.* New Jersey: Prentice-hall, 1967.

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

GARLAND, David. *Castigo y sociedade moderna:* un estúdio de teoria social. Buenos Aires: Sigo XXI editores S.A, 1999.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Direito da Criança e do adolescente e a tutela jurisdicional diferenciada. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GISI, B.; TONCHE, J.; ALVAREZ, M.; OLIVEIRA, T. A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil – Entrevista com Álvaro Pires. *Plural*, v. 24, n. 1, p. 124-160, 30 ago. 2017.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GOFFMAN, Erving. *Frame analysis:* an essay on the organization of experience. New York: Harper & Row, 1974.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista: do que se oculta(va) ao que se declara. (Tese de Doutorado) – UFSC, Florianópolis, 2006.

KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 50, 2º semestre, 2000.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral. Medida socioeducativa de internação: do discurso (eufemista) à prática judicial (perversa) e à execução (mortificadora): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

MELOSSI, Darío. Ideología y Derecho Penal. Garantismo jurídico y criminologia crítica:? Nuevas ideologías de la subordinacíon? *Revista Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires, p. 75-86, Del Porto Ed, 1996.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolução histórica do Direito da Infância e da Juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). *Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

MÉNDEZ, Emilio García. Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* v. 6, n. extra 10, p. 261-275, 2000.

MÉNDEZ, Emilio García. *Infância e cidadania na américa latina.* São Paulo: Ed. HUCITEC, 1998.

MÉNDEZ, Emilio García; CARRANZA, Elías. *Del reves al derecho: la condicion jurídica de la infância em américa latina.* Bases para uma reforma legislativa. Buenos Aires: UNICEF/ UNICRI/ ILANUD/ Editorial Clerna, 1992.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna Batista. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Rev. direito GV*, v.7, n.1, p. 277-298, 2011.

MIRAGLIA, Paula. Aprendendo a lição: uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. *Novos estud. – CEBRAP*, São Paulo, n. 72, 2005.

MISSE, Michel. *Delinquência juvenil na Guanabara.* Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça da Guanabara, 1973.

MISSE, Michel. Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado em Sociologia) – UERJ, 1999.

MUNCIE, J. The 'punitive' turn in juvenile justice: cultures of control and rights compliance in western europe and the usa. *Youth Justice*, 8, n. 2, 2008.

MUNCIE, J. The globalization of crime control – the case of youth and juvenile justice: neo-liberalism, policy convergence and international conventions. *Theoretical Criminology*, 9(1), p. 35-64, 2005.

NOGUEIRA NETO, Wanderlino. A Convenção Internacional sobre o Direito da Criança e a busca do equilíbrio entre a proteção e a responsabilização. CENDHEC. *Sistema de garantia de direitos.* Um caminho para a Proteção Integral. Recife, 1999.

OLIVEIRA, João Eduardo Ribeiro de. Direito penal juvenil e estatuto da criança e do adolescente. *Revista Direito e Liberdade* – ESMARN, v. 13, n. 2, p. 207-228, jul.-dez. 2011.

OLIVEIRA, Maria Simone Gonzaga de. Cultura Policial e criminalização juvenil: uma pesquisa sociojurídica na delegacia de polícia de atos infracionais de Recife/PE. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, 2019.

OLIVEIRA, Thiago Rodrigues. Mecanismos sociais de decisões judiciais: um desenho misto explicativo sobre a aplicação da medida socioeducativa de internação. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, Brasil, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil,* 2015, p. 22. "the Committee remains concerned that alternative measures to detention are not applied effectively".

PAULA, Liana de. Práticas socioeducativas e garantias de direitos: pensando a (des)constituição do sujeito de direitos a partir da internação e adolescentes. *Anais.*39º Encontro Anual da ANPOCS, 2015.

PAULA, Liana de. Da "questão do menor" à garantia de direitos. Discursos e práticas sobre o envolvimento de adolescentes com a criminalidade urbana. *Civitas,* v. 15, n. 1, p. 27-43, jan.-mar. Porto Alegre, 2015.

PAULA, Liana de. Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Orgs.). *Segurança pública e violência:* o estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2006.

PIRES, A. Responsabilizar ou punir? a justiça juvenil em perigo. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília, Ministério da Justiça, 2006.

PIRES, A. A racionalidade penal moderna, o público, e os direitos humanos. *Novos estudos,* n. 68, São Paulo, mar. 2004.

RIZZINI, Irene. *O século perdido.* Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da, LOPES, Ana Christina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAL – Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). *ECA:* apuração do ato infracional atribuído a adolescentes. Brasília, 2010. (Série Pensando o Direito. N. 26/2010 – versão publicação).

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland. A sociologia da punição. *Tempo Social. Revista de Sociologia da USP,* v. 18, n. 1, p. 329-350, São Paulo, jun. 2006.

SARTÓRIO, Alexsandra Tomazelli; ROSA, Edinete Maria. Novos paradigmas e velhos discursos: analisando processos de adolescentes em conflito com a lei. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 103, p. 554-575, jul.-set. 2010.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil.* São Paulo: Ed. RT, 2008.

SCHUTZ, Alfred. El problema de la realidad social. *Escritos I*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 2003.

SCHUCH, Patrice. Práticas de justiça: uma etnografia do "campo de atenção ao adolescente infrator" no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese (Doutorado em Antropologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

SÊDA, Edson. *Os eufemistas e as crianças no Brasil*. Rio de Janeiro: Adês, 1999.

SPOSATO, Karyna Batista. O direito penal juvenil no estatuto da criança e do adolescente. Dissertação (Mestrado) – Departamento de direito penal, medicina forense e criminologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

SILVA, Gustavo de Melo. Ato infracional: fluxo do sistema de justiça Juvenil em Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de. *Entre leis, práticas e discursos*. Justiça juvenil e recrudescimento penal. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do Judiciário Brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 129, ano 25, p. 257-284, 2017.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas em la proteccion del niño y del adolescente: de la situacion irregular a la proteccion integral. *Capítulo Criminológico,* v. 24, n, 2, p. 119-136, 1996.

ZIMRING, Franklin e LANGER, Máximo. One Theme or Many? The Search for a Deep Structure in Global Juvenile Justice. p. 381-412. In: ZIMRING, Franklin; LANGER, Máximo; TANENHAUS, David. S. (Eds.). *Juvenile justice in global perspective*. New York; London: New York University Press, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas:

- A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica, de Romulo Fonseca Morais e Ana Celina Bentes Hamoy – *RBCCrim* 165/337-378 (DTR\2020\380);
- A justiça juvenil pós declínio do modelo tutelar: discussões globais a partir de literatura comparada, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Riccardo Cappi – *RBCCrim* 158/203-232 (DTR\2019\37527); e
- A teoria da racionalidade penal moderna e os seus impactos nas operações da justiça juvenil: uma análise sobre os cenários do Canadá e do Brasil, de Carlos Frederico Braga da Silva – *RBCCrim* 158/93-126 (DTR\2019\37606).

Projeto Vazou: pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil

Project Leaked: research on non-consensua sharing of intimate images in Brazil

Leandro Ayres França

Pós-Doutor (2019) pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor (2017) e Mestre (2013) em Ciências Criminais pelo mesmo programa. Coordenador do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS), dentro do qual foi desenvolvido o Projeto Vazou.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7826-4079
leandro@ayresfranca.com

Jéssica Veleda Quevedo

Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela (2018) em Direito pela Faculdade Estácio Rio Grande do Sul. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8831-3292
jessiveleda@hotmail.com

Jean de Andrade Fontes

Graduando em Direito pela Universidade FEEVALE. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8864-7567
jeandeandradefontes@hotmail.com

Anderson José da Silva Segatto

Graduando em Direito pela Unisinos. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8619-8027
ajdssegatto@gmail.com

Carlos Adalberto Ferreira de Abreu

Mestrando em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Estácio Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela

França, Leandro; Quevedo, Jéssica; Fontes, Jean; Segatto, Anderson; Abreu, Carlos; Santos, Diego; Vieira, Luana; Gauer, Gabriel. Projeto Vazou: pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil.. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 169. ano 28. p. 231-270. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

mesma instituição. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS). Policial Civil no Rio Grande do Sul por 24 anos. Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5440-9563
carlosafabreu@gmail.com

Diego da Rosa dos Santos

Graduando em Processos Gerenciais pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS). Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1694-4260
rosan.prod@gmail.com

Luana Ramos Vieira

Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Bacharela (2016) em Direito pela mesma instituição. Membro do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (Porto Alegre, RS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6889-6996
luanavieira42@hotmail.com

Gabriel José Chittó Gauer

Pós-Doutor (2001) pelo Center for Anxiety Disorders, da Universidade de Maryland. Doutor (1995) em Medicina e Ciências da Saúde pela PUCRS. Professor titular da Faculdade de Direito da PUCRS.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3092-0185
ggauer@pucrs.br

Pesquisadores do Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas que participaram do Projeto Vazou: Alice Gonçalves dos Passos, Ana Maria Magnus Martini, Clóvis Clave, Donélia Souza, Douglas Ferreira da Silva, Elisa Gutterres Stefanelli, Fabiane Macêdo Rodrigues, Flávia Kolling, Gedean Antunes Possamai, Gisele Kronhardt Scheffer, Karolline Silveira, Leandro Ferreira de Paula, Maira da Silveira Marques, Marcílio Batista da Costa, Maria Jocelaine R. Rodrigues, Mariana Sampaio, Matheus Molinari Scheffer, Paulo André Torres, Renan Zambon Braga.

Recebido em: 03.12.2018
Aprovado em: 08.03.2020
Última versão dos autores: 13.04.2020

Áreas do Direito: Penal; Digital

Resumo: Projeto Vazou foi o nome dado à pesquisa sobre vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil, desenvolvida e realizada pelo Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas. Seu objetivo foi colher informações a partir

Abstract: Project Leaked was the title given to the research on non-consensual sharing of intimate images in Brazil, developed and performed by the Contemporary Criminologies Study Group. The project sought to gather information from

das experiências das vítimas dos vazamentos não consentidos para a melhor compreensão dessa forma de violência. A metodologia do trabalho se apoiou em uma pesquisa qualitativa e quantitativa, exploratória e explanatória, por meio de um questionário on-line com perguntas abertas e fechadas. Os dados coletados foram posteriormente examinados a partir de quatro questões principais: os efeitos dos códigos do amor romântico na etiologia desse fenômeno; os novos entendimentos da intimidade e da sexualidade no século XXI; como a tecnologia da informação estrutura e condiciona novos comportamentos; e o esgotamento dos sistemas penal e judicial para lidar com esses casos. Os resultados evidenciam que o compartilhamento não consentido de imagens íntimas é uma violência contra a intimidade sexual que carrega consigo as mesmas motivações da violência doméstica e de gênero, executada por um novo meio tecnológico acessível que potencializa seus efeitos, com graves consequências psicológicas para as vítimas.

Palavras-chave: Pornografia de vingança – Imagens íntimas – Vazamento – Compartilhamento – Projeto Vazou.

the experiences of non-consensual sharing victims, in order to better understand this form of violence. The methodology employed was a qualitative and quantitative research (exploratory and explanatory), through an on-line questionnaire with closed and open-ended questions. The collected data were later examined based on four main concerns: the effects of romantic love codes on the etiology of this phenomenon; the new understandings of intimacy and sexuality in the 21st century; how information technology structures and conditions emergent behaviors; and the depletion of the criminal and judicial systems to address these cases. The findings evidence that the non-consensual sharing of intimate images is a violence against sexual intimacy that carries the same motives of domestic and gender violence, carried out through a new accessible technological mean that potentiates its effects, with serious consequences for the victims.

Keywords: Revenge porn – Intimate images – Leaking – Sharing – Project Leaked.

Sumário: Introdução. 1. Levantamento de dados. 1.1. Justificativa. 1.2. Metodologia. 1.3. Repercussão. 1.4. Resultados. 2. Análise criminológica. 2.1. Amor romântico. 2.2. *Sexting*. 2.3. *Cybercrime*. 2.4. Criminalização. 2.5. Mapeamento de soluções criativas. Considerações finais. Referências.

Introdução

"Posso ter entendido errado. Mas, parece que o vídeo teve mais de 6 mil visualizações e mostra bem o meu rosto. Toda vez que eu ando na rua e alguém fica me olhando com o celular na mão, eu penso que está assistindo o bendito vídeo." Isso é parte do relato de uma mulher que aceitou participar do Projeto Vazou. Com 30 anos de idade, ela ainda informa que, todos os dias, próximo das 11 horas da manhã, o mesmo horário de quando descobriu sua exposição, ela sente pânico, seu coração acelera, um mal-estar lhe domina o corpo, causando-lhe ânsia de vômito e tremedeiras. O que deu causa a esse seu estado foi o vazamento de um vídeo íntimo seu pelo ex-companheiro, com quem ela se relacionou por 6 anos. Ele

é responsável por uma grave violência contra ela. Mas, não é o único. Nos meses seguintes ao vazamento do vídeo, essa mulher recebeu muitas mensagens, no seu *WhatsApp*, de outros homens que lhe pediam aquele "gostoso boquete" (*sic*). São muitos os responsáveis. Este estudo é sobre ela, sobre ele e sobre eles.

No fim de 2017, o Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas (GECC) se propôs o desafio de investigar um fenômeno atual, cotidiano e pouco explorado. O tema escolhido foi o vazamento não consentido de imagens íntimas. Projeto Vazou foi a alcunha que demos ao trabalho desenvolvido no decorrer do ano de 2018. O presente artigo traz as informações sobre a pesquisa e algumas das discussões do grupo sobre a questão. Na primeira parte do artigo (levantamento de dados), são apresentados a justificativa, a metodologia, a repercussão e os resultados da pesquisa. Na segunda (análise criminológica), trazemos um resumo das reflexões que os participantes do grupo de estudos derivaram do exame das respostas do questionário, sobre: os códigos do amor romântico e sua participação na etiologia da pornografia de vingança; a prática do *sexting*; a natureza *cyber* do ato de compartilhar imagens íntimas sem consentimento; a recente criminalização da conduta no ordenamento jurídico brasileiro; soluções alternativas ao fenômeno.

Três informações preliminares podem ser relevantes. Primeiro, por *vítima*, referência bastante utilizada neste artigo, deve-se entender *pessoa exposta*. Segundo, os valores decimais foram arredondados. Por fim: decidimos entremear nosso texto com trechos dos depoimentos. Compartilhamos, assim, e com consentimento, as dores que nos foram compartilhadas. Esses relatos foram ligeiramente adaptados para uma maior adequação gramatical.

1. Levantamento de dados

1.1. Justificativa

O vazamento não consentido de imagens íntimas, popularmente conhecido como pornografia de vingança (*revenge porn*)[1], é uma forma de violência contemporânea. Apesar do número cada vez maior de casos reportados pela mídia e do

1. Embora "pornografia de vingança" seja uma expressão bastante difundida e apesar de reconhecer outras opções muito adequadas como "abuso sexual a partir de imagem" (*image-based sexual abuse,* em MCGLYNN e RACKLEY, 2017), os autores decidiram utilizar o conceito não tão restrito de "vazamento/compartilhamento não consentido de imagens íntimas".

crescente interesse acadêmico (entrevistas, estudos de caso, análises legislativa e jurisprudencial), pouco se conhece sobre seus motivos e efeitos, características dos perpetradores e das vítimas, quais redes sociais são mais utilizadas etc., em especial por causa do baixo índice de denúncias e, por consequência, pela inexistência de fontes oficiais confiáveis.

> "Não posso falar."
>
> (Homem, 16 anos.)

A subnotificação ocorre por vários motivos. Primeiro, existem as "peneiras da vergonha" (VALENTE et al., 2016, p. 39-40): aqueles que têm suas imagens íntimas vazadas têm de superar a vergonha de contar sobre o vazamento a pessoas de seu círculo íntimo, como familiares e amigos; se quiserem ajuda profissional, têm de recorrer a terapeutas e advogados, a quem terão de expor voluntariamente sua intimidade; e, além disso, se pretenderem a resolução jurídica do conflito, têm de confiar o ocorrido a servidores do sistema policial e judicial – os quais, majoritariamente, não têm preparo para esse tipo de atendimento. Esse processo em que a vítima acaba sendo exposta em múltiplas etapas pode produzir sua revitimização. Compreendida como uma violência institucional, a revitimização é deflagrada quando as instituições que deveriam proteger a vítima acabam reforçando o trauma sofrido (MENEGHEL et al., 2011).

> "Na mesma semana, o meu ex me abordou quando eu saía do meu trabalho e me disse que iria acabar com a minha vida, a gente discutiu e eu fiquei com medo e decidi registrar um B.O. Como estava de noite, fui até a Delegacia, mas o atendimento foi tão péssimo, eles me trataram tão mal, que decidi esperar o dia seguinte para ir até a Delegacia da Mulher. Logo, no dia seguinte, registrei o B.O. de ameaça na Delegacia da Mulher; aliás, outro nível de atendimento, a equipe foi fenomenal comigo."
>
> (Mulher, 30 anos.)

Segundo, é possível que as vítimas não reportem o vazamento porque elas podem acreditar que assumiram o risco do compartilhamento ou que elas são as culpadas por isso, como nos casos em que a própria pessoa envia o *nude* que é posteriormente vazado. Em uma pesquisa com 470 estudantes do primeiro ano de uma universidade privada do sul dos Estados Unidos, realizada entre agosto e dezembro de 2015, um terço das pessoas que tiveram seus *nudes* compartilhadas com outras pessoas além do destinatário pretendido se sentiram bravas consigo mesmas por terem inicialmente enviado a foto (BRANCH et al., 2017).

> "Quantas pessoas mais passarão por isso pelas mãos dele? Me sinto culpada por não ter conseguido ter voz, pelas próximas vítimas e por todo o ocorrido. Estou melhorando, já não tomo mais medicação, porém, sofro calada por tudo ainda."
>
> (Mulher, 25 anos.)

Por fim, a partir dos resultados da nossa pesquisa, que informam que a maioria das pessoas que responderam o questionário são mulheres (84%), é possível sugerir um maior silêncio entre os homens que foram vítimas – o que pode refletir a realidade de que os homens não percebem a exposição de suas imagens íntimas como uma violência, nem a sociedade os condena moralmente por isso.[2]

As cifras ocultas – diferença entre os vazamentos não reportados e aqueles reportados – impedem a formação de fontes oficiais confiáveis ou, quando elas existem, põem em xeque suas fiabilidades. O principal registro disponível no Brasil são os indicadores da SaferNet Brasil. No ano de 2017, a ONG atendeu a cerca de 300 denúncias de "Sexting/Exposição Íntima", majoritariamente feitas por mulheres – o que combina com os achados da nossa pesquisa. Esse número obviamente não reflete a real amplitude da violência. Reconhecer isso nos permite constatar que há muitos mais desvio e crimes do que o sistema penal tem condições de identificar, investigar e processar (SELL, 2011). E o grande problema é que a falta de dados embaraça a compreensão do fenômeno; e, por consequência, políticas adequadas de prevenção e repressão não podem ser implementadas.

1.2. Metodologia

Desenvolvido pelo GECC, sediado em Porto Alegre, o Projeto Vazou buscou colher essas informações a partir das experiências das vítimas dos vazamentos não consentidos. O objetivo era o de concentrar informações que pudessem vir a constituir uma referência para pesquisas, uma provocação para discussões e um incentivo ao aprendizado. A pesquisa constituiu-se de forma qualitativa e quantitativa, exploratória e explanatória, por meio de um questionário *on-line* (www.projetovazou.com) com perguntas fechadas e abertas.[3]

---

2. Exemplo disso foi o vazamento de vídeo que continha cenas de sexo explícito com a suposta participação de um candidato ao governo do Estado de São Paulo, às vésperas da eleição, e que não causou maiores prejuízos à sua imagem pública.

3. O conteúdo textual do *site* e as perguntas do questionário encontram-se nos Anexos I e II, respectivamente.

O questionário, disponibilizado pela plataforma Formulários Google, e aberto a respostas entre os meses de abril e novembro de 2018, solicitava informações pessoais (cidade, estado, gênero, idade atual e idade quando ocorreu a gravação), perguntava se a respondente conhecia quem vazou o arquivo e pedia informações deste (gênero, idade, se havia algum relacionamento e de qual tipo), indagava sobre consentimento (se sabia da gravação, se havia autorizado/fornecido e por qual motivo havia autorizado/fornecido), pedia informações sobre o vazamento (tipo de arquivo, aplicativos utilizados, como a vítima ficou sabendo do vazamento e se ela conhecia o motivo do vazamento), perguntava sobre as suas consequências (o que aconteceu, se a família soube e como reagiu, como e se a respondente se recuperou do incidente), questionava ainda se houve investigação policial e/ou processo judicial (civil ou criminal), indagava o que a vítima gostaria que acontecesse, concedia espaço para comentários (com a ressalva de que nomes pessoais deveriam ser omitidos) e, por fim, exigia confirmação do esclarecimento e autorização para uso das informações fornecidas (sem as quais a resposta não era registrada no sistema).

1.3. Repercussão

O *link* para o *site* do projeto foi compartilhado pelos participantes do GECC nas redes sociais e foi divulgado em *sites* e *blogs*[4], revistas[5], jornais[6] e telejornais[7], rádios[8] e alcançou repercussão nacional com a entrevista do coordenador do projeto no programa televisivo Encontro com Fátima Bernardes, da Rede Globo, em 30 de agosto de 2018. Esse tipo de divulgação permitiu que pessoas de todos os estados brasileiros respondessem o questionário, com maior ênfase no Rio Grande do Sul (25%), São Paulo (20%), Paraná (12%) e Rio de Janeiro (11%).

1.4. Resultados

O questionário alcançou 141 respostas válidas. Em sua maioria (84%), as respondentes se identificaram como do gênero feminino. A idade mais frequente de quem respondeu o questionário era de 24 anos. (O gênero e a faixa etária

4. ONG Marias da Internet, Canal Ciências Criminais, Mulheres Ágeis e páginas de escritório de advocacia.
5. Revista Exame.
6. Diário Missões, Jornal do Comércio e Jornal Metro.
7. TV Pampa.
8. Rádio Real FM, Agência Radioweb e Rádio Guaíba.

das vítimas são assemelhados àqueles encontrados em outras pesquisas. Ver, por exemplo: NABIL, 2014, p. 22; CCRI, 2017.) No entanto, relatou-se que o incidente ocorrera anos antes: a idade mais frequente na época do registro das fotos e/ou dos vídeos era de 19 anos. O fato de as vítimas serem jovens é comumente explicado como ingenuidade ou imprudência juvenil. O argumento deve ser considerado para alguns casos, mas ele acaba indicando uma preocupação tutelar da sociedade com a população jovem, considerada vulnerável, e assim deixa de compreender as novas dinâmicas sociais. Como bem identifica Agustina (2015, p. 44), depois da máxima cartesiana (Penso, logo existo), podemos formular uma regra para a geração que cresceu imersa no ambiente digital: Eu posto, logo existo. Se são os jovens que praticam *sexting* e, por consequência, são as vítimas mais comuns dos vazamentos não consentidos, é porque se desenvolveu entre eles uma nova forma de identificação e comunicação (sobre essa questão geracional, ver nossos comentários sobre o *sexting* abaixo).

A maioria (81%) informou conhecer quem vazou os arquivos. Estes eram majoritariamente do gênero masculino (84%), com idade mediana de 23 anos à época da gravação. As vítimas relataram ter tido algum tipo de relacionamento afetivo com a pessoa responsável pelo vazamento não consentido (82%). Quando perguntadas qual tipo de relacionamento, a maioria informou namoro (39%) e amizade (31%) – restando subentendida uma "amizade colorida" nos relatos. Esses dados são relevantes por dois aspectos. Em primeiro lugar, eles desmontam a lenda de criminosos estranhos que exploram a vulnerabilidade dos sistemas de informação, evidenciando que esse tipo de violência sexual também é mais frequentemente cometido por pessoas próximas. Além disso, a relação de afeto torna aplicáveis as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha.[9]

Mais da metade (60%) das vítimas sabia da gravação e a havia autorizado/fornecido. Esse percentual e os relatos que o acompanharam indicam que, na maior parte dos casos, houve consentimento para a exposição das imagens íntimas a um destinatário original conhecido, o que é próprio da prática do *sexting*, mas que os arquivos foram posteriormente compartilhados sem novo consentimento. Muitos relatos informam exatamente isso; havia um relacionamento à época que justificava a confiança para tanto: "Éramos namorados, ué". "Eu confiei que aquilo ficaria apenas entre nós". "Eu o amava e confiava nele". "Namorávamos e havia confiança". A prática do *sexting*, porém, também pode decorrer de pressões

9. A Lei 11.340/2006 prevê medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor (art. 22), que protegem a ofendida (art. 23) e seu patrimônio (art. 24).

do parceiro: muitos relatos referem ameaças, chantagens emocionais e pedidos de imagens íntimas como "prova de amor".

> "Em janeiro de 2013, durante uma viagem com amigos para [cidade], estava trocando mensagem com esse ex, e mandei uma foto com roupa de praia; após isso, ele me pediu fotos nuas como prova de amor. Mandei mais de 40 fotos (em dois meses), e, no carnaval, elas 'vazaram'. Fiquei sabendo por meio de uma amiga que estava no [outro país] e recebeu as fotos em um grupo de amigos. Em menos de 24h, as fotos viralizaram. A princípio, ele negou e disse que me ajudaria. Mas, após a minha mãe ficar sabendo das fotos por e-mail, ela me levou até a delegacia para abrir um boletim de ocorrência, e o posicionamento dele mudou. Mudei de escola, fiquei internada por depressão profunda, fiz tratamento psiquiátrico e, desde 2013, brigo por justiça."
>
> (Mulher, 23 anos.)

Além disso, alguns relatos revelam certa vulnerabilidade no consentimento da gravação e/ou do fornecimento em razão da idade da vítima; não foram poucos os respondentes que relataram ser ingênuos e imaturos à época do incidente.

> "[...] sou uma menina, mas a pessoa que quis vazar não foi um homem, mas uma mulher. Quando ela soube que eu não estava mais interessada e não queria mais nenhum tipo de contato, ela quis me ameaçar com o vazamento para eu voltar a falar com ela. Fora que, na época, eu era bem nova e ela mais velha; ela tentou me induzir a me mostrar, me fez criar uma confiança. Eu, na minha inocência, não tinha discernimento sobre o que estava acontecendo... Ela conseguiu moldar o meu pensamento, fazer com que eu agisse da maneira que ela queria."
>
> (Mulher, 20 anos. Ela tinha 13 anos na foto vazada no Facebook.)

A extensão do consentimento foi objeto de uma interessante discussão da Corte Federal de Justiça da Alemanha, em 2015. Nesse caso, em específico, não houve o vazamento; uma mulher recorreu ao judiciário com o pedido de que seu ex-companheiro não pudesse mais ter acesso a suas fotos íntimas e reivindicou a exclusão delas. A corte decidiu que, ao fim de uma relação, é possível revogar o consentimento anteriormente concedido para a posse desse conteúdo e, por isso, determinou que o ex-parceiro apagasse as fotos íntimas.[10]

10. Ementa do acórdão 271/14: "Se, no contexto de um relacionamento íntimo, um parceiro produz imagens íntimas ou gravações de filme do outro, a pessoa registrada tem direito a reivindicar a exclusão das imagens por violação do seu direito à privacidade,

Sobre o material vazado e a forma de compartilhamento, os resultados da nossa pesquisa revelaram que os arquivos mais comuns foram as fotos (87% das respostas); a referência a vídeos aparece em 35% das respostas. Os aplicativos e plataformas mais utilizados para a transmissão e divulgação dos arquivos foram o *WhatsApp* (presente em 70% das respostas), Facebook (26%), e-mails (19%), sites pornôs (14%), Instagram (7%) e Snapchat (5%). É interessante observar que as redes sociais *WhatsApp*, Facebook e Instagram são operadas por e de propriedade privada da empresa Facebook, Inc., o que a torna majoritariamente implicada na arquitetura que possibilita a transmissão não consentida de imagens íntimas.

Perguntados sobre como ficaram sabendo do vazamento, a maioria das pessoas informou que foram avisadas por outros (95%) e muito poucas (5%) descobriram por conta própria (reconhecendo-se em alguma postagem ou em troca de mensagens em grupo de *WhatsApp*).

Uma pergunta que nos pareceu fundamental foi sobre a motivação[11] do compartilhamento dos arquivos. À pergunta "Você sabe o motivo do vazamento?", a maioria das respostas (44%) referiu *vingança*, motivo que tanto justifica a alcunha *pornografia de vingança*, quanto mostra que essa denominação é apropriada se considerado que há uma objetificação, uma pornificação do outro (vítima).[12] No entanto, embora majoritária, o motivo *vingança* não tem um papel especialmente relevante (em consonância com VALENTE et al., 2015). Merece destaque que muitas vítimas relataram que *o compartilhamento não teve motivação específica*

mesmo que se tenha concordado com a criação e o uso das gravações durante o relacionamento, uma vez que este tenha – implicitamente – chegado ao fim" (Tradução nossa). Data do julgamento: 13.10.2015. Disponível em: [www.bundesgerichtshof.de]. Acesso em: 05/06/2020.

11. No léxico da dogmática penal, essa motivação aparece como *especial fim de agir* (ou *dolo específico*). Isso fica evidente na redação do tipo penal que criminalizou a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia, sem consentimento, no Brasil: o art. 218-C, do Código Penal, tem em seu § 1º uma causa de aumento de pena, de um a dois terços, se o crime é praticado com o dolo específico (motivo) de vingança ou humilhação.

12. Dymock (2017, p. 210) explica que o sufixo *porn* é aplicado a uma seleção cada vez maior de representações visuais que não se limitam a sua proposta original, qual seja a representação explícita de atividades sexuais na literatura, filmes etc. com o objetivo de estimular sentimentos eróticos em vez estéticos ou emocionais (Oxford English Dictionary). A pornografia tornou-se um rótulo que acomoda o vocabulário, os significantes, as metáforas e os afetos de quaisquer referências que se possam associar à ideia do pornô.

(35%), o que revela a prática desarrazoada e inconsequente de se compartilhar imagens íntimas de pessoas próximas, e que houve *exibição da imagem ou do vídeo sem envio do arquivo* (12%), que são os casos em que uma pessoa exibe em seu próprio telefone celular imagens ou vídeos íntimos de determinada pessoa com quem aquela se relacionou, sem transmiti-los. Algumas respostas indicaram ainda motivações diversas como *ameaça* (22%), *extorsão*[13] (10%) e *invasão do aparelho* (9%). 17% dos respondentes não souberam informar o motivo do vazamento.

Os diferentes motivos exigem dois modos de interpretação. Primeiro, pode-se entender que, sempre que uma pessoa escolhe entre alternativas que envolvem resultados não certos, aparenta ser claro que seu comportamento não somente é afetado por suas preferências por tais resultados, mas também pelo grau de probabilidade que ele atribui a eles (VROOM, 1964). Aqueles que tiveram o dolo de ameaçar ou extorquir, ou tiveram a intenção de divulgar o arquivo com o dolo específico de vingança ou humilhação, se aproximam de um padrão de preferência e confiança nesses resultados. Em outras palavras, eles querem e acreditam que conseguirão ameaçar e extorquir, ou querem e acreditam que conseguirão desumanizar sua vítima e lhe causar dano (humilhar) com a divulgação das imagens. De outro modo, é possível identificar motivos relacionados a finalidades encontradas na cultura (MASLOW, 1943), como a vontade de pertencimento a um grupo, de agradar seus pares, enfim, de adequação comportamental às práticas dominantes, caracterizados no ato de se compartilhar arquivos sem motivação específica ou de exibi-los sem envio do arquivo, por vaidade ou fama do divulgador (MASLOW, 1954; SYDOW, 2017).

> "Enviei fotos do meu órgão genital, pelo WhatsApp, para algumas garotas com quem me envolvi na época. Talvez uma delas tenha compartilhado em um grupo, mas não tenho certeza. Desconfio pelos comentários que ouvi dela e de pessoas conhecidas que faziam parte do grupo. Quero dizer também que já estive no lugar dela, onde recebi o mesmo tipo de conteúdo diretamente da

13. A extorsão indicada em nossa pesquisa como possível motivação do compartilhamento não consentido refere-se ao constrangimento com o intuito de obter indevida vantagem econômica, conforme ideia do art. 158, CP. Não confundir com a "sextorsão", que caracteriza uma modalidade especial de extorsão cibernética que não envolve valores patrimoniais, mas sim a exigência de que a vítima envie imagens íntimas ou se submeta a atos sexuais, sob ameaça de que sejam divulgadas informações pessoais e/ou imagens sexualmente explícitas ou pornográficas. Em sentido distinto, no âmbito dos direitos humanos internacionais, o termo "sextorsão" refere-se ao abuso de poder de *peacekeepers* para o cometimento de violências sexuais (SYDOW, 2017, p. 34-35).

> pessoa. Não cheguei a compartilhar em redes sociais, mas mostrei a amigos para me passar por 'pegador'. Amigos também já me mostraram o mesmo tipo de conteúdo para a mesma finalidade."
>
> (Homem, 22 anos).

As consequências do vazamento não consentido são graves. Os efeitos mais incidentes sobre as vítimas foram ansiedade (presente em 63% das respostas), isolamento do contato social (58%), depressão (56%), transtorno de estresse pós-traumático (33%), automutilação e pensamentos suicidas (32%), assédios em lugares públicos (27%), abandono de escola/curso/faculdade (16%), mudança de residência (11%), agressões (7%), perda do emprego (6%) e dificuldade para conseguir novo emprego (5%).

> "Eu costumava enviar *nudes* para meu ex-namorado, pois morávamos em cidades distantes e quase não nos víamos. Um dia ele teve o celular 'furtado' e as fotos estavam lá. Depois de algum tempo, descobri que minhas fotos estavam em um site de '*nudes* vazadas'. [...] Entrei em contato com o site incansavelmente para que deletassem as fotos e nada. Incluíram até *selfies* minhas junto às *nudes*, contato de redes sociais e mensagens instantâneas. [...] Não consigo conversar com alguém. Tenho problema confiando nas pessoas. Não consegui mais nenhum envolvimento amoroso, porque tenho medo que algo assim aconteça de novo. A depressão tomou conta e tá difícil levantar. [...] Mas fico me perguntando se vale a pena viver desse jeito, quando somos escorraçados da sociedade, julgados e praticamente queimados na fogueira por fotos que eram pessoais e enviadas para uma pessoa de confiança. É triste. Não consigo lidar direito com isso ainda."
>
> (Mulher, 26 anos.)

> "Meu colega de trabalho invadiu meu computador pessoal que havia levado em uns dias, retirou de lá todas as fotos que havia e espalhou em uma cidade de 25 mil habitantes. Como [...] pertenço a uma família super conhecida na cidade, o conteúdo se espalhou de forma muito rápida. Ele ainda deve ter muitas outras imagens minhas, e todos os dias sinto medo de voltar a espalhar. Já se passaram dois anos do ocorrido, me isolei totalmente, abandonei a faculdade, exclui o Facebook. Dia a dia me reinvento para não me sentir rotulada, taxada, e não absorver tudo aquilo que imagino que pensam de mim. Minha contribuição social na cidade sempre foi muito grande, mas sinto que me resumi à 'putinha do WhatsApp' para algumas pessoas. Tenho a confissão dele gravada, tenho testemunhas de quando ele admitiu o que fez, porém, não consegui seguir em frente com o processo judicial e acabei me calando. Me sinto mal dia após dia ainda, sofro muito por medo de voltar a acontecer e gostaria Muito

> de ter algum controle sobre esse conteúdo e extinguir ele da internet. Esse menino trabalha hoje na [...] e tem uma loja que presta serviços na cidade."
>
> (Mulher, 25 anos.)

Algumas vítimas informaram não terem se importado com o vazamento dos arquivos (9%). E houve quem aproveitou o fato para uma ação positiva (11%), como a fundação de ONG de assistência a vítimas ou justificativa para um trabalho acadêmico, por exemplo.

Aproximadamente 58% dos respondentes afirmaram que suas famílias souberam do vazamento das imagens; das famílias que souberam, 43% reagiu negativamente (rejeição/retaliação).

> "No início, minha mãe ficou contra mim. Mas, depois que o conselho tutelar da cidade conversou com ela e alguns policiais explicaram pra ela como isso acontece, ela começou a me apoiar e a correr atrás de justiça comigo. Eu pensei, várias vezes, em suicídio. Mas, com apoio até mesmo de alguns amigos policiais que conversaram muito comigo, professores e da pastora da igreja que frequentava na época, hoje convivo com isso com mais naturalidade. Mas, ainda assim, na cidade onde a foto foi vazada, as pessoas me olham com olhares de condenação."
>
> (Mulher, 21 anos.)

À questão "Como você se recuperou do incidente?", 39% das vítimas informaram não terem se recuperado ainda; 30% recorreram a tratamento psicológico; 30% contaram com o auxílio de grupo de apoio, ajuda de amigos e práticas de empoderamento; 26% tiveram apoio familiar; e 16% buscaram tratamento psiquiátrico. 23% dos respondentes afirmaram que não precisaram de qualquer recuperação.

Na maioria dos casos registrados em nossa pesquisa, não houve investigação policial (82%), nem processo judicial (86%). Nesses casos, foi perguntado "O que você gostaria que acontecesse?". Em 72% das respostas destacou-se o desejo de punição (aplicação de pena) do responsável pelo vazamento; em 60% das respostas, havia a pretensão de retirada do conteúdo da internet ou de outros aplicativos; apareceram também as vontades de indenização (55% das respostas) e de identificação de quem vazou os arquivos (34%).

Nos casos em que houve processo judicial (14%), na maior parte dos processos civis havia o requerimento de indenização (71%), com pedidos de desindexação (remoção) do nome dos mecanismos de busca (41%), de remoção de conteúdo/link (41%) e de identificação do IP/celular (35%); no âmbito criminal,

as ações pediram a condenação dos responsáveis pelos crimes de difamação (art. 139, CP) (72%), injúria (art. 140, CP) (67%), ameaça (art. 147, CP) (39%), extorsão (art. 158, CP) (11%), estupro (art. 213, CP) (6%) e pornografia infantil (art. 241-A, ECA) (6%).[14]

> "Era um namoro abusivo onde apanhava muito, e se não mandasse as fotos apanharia mais ainda. Quando ele já tinha seu arsenal montado, todas as vezes em que tentei terminar, era ameaçada com a exposição desses arquivos. Quando cansei, aceitei terminar, podendo ter essas fotos espalhadas. Foram espalhadas mesmo para toda a cidade, mas primeiramente pro meu pai, que enfartou. Eram imagens bem pesadas mesmo. Depois disso, entrei com processo civil. Foi acertado um acordo de indenização e não progredi com o processo, pois seria muito exaustivo para mim: teria que ir em audiências onde as fotos e mensagens da agressão seriam repassadas inúmeras vezes."
>
> (Mulher, 21 anos.)

2. Análise criminológica

Nos meses de coleta de dados, o GECC se reuniu periodicamente para discutir os achados da pesquisa. As reflexões derivadas das discussões do grupo podem ser divididas em cinco questões principais: (1) Qual a participação do *amor romântico* na etiologia da pornografia de vingança? (2) O que é a cultura do *sexting*? (3) O vazamento não consentido de imagens íntimas é um *cyber*crime? (4) A criminalização é recomendável e adequada? (5) Existem medidas não judiciais mais apropriadas?

2.1. Amor romântico

Historicamente, muitos foram os códigos e as arquiteturas das relações amorosas; e muitos foram os sentidos atribuídos ao amor. O *amor romântico* foi inventado, como o foram o fabrico do pão, a escrita, os deuses, as heresias, a democracia, o fascismo, o computador (COSTA, 1998, p. 12). Herdeiro da tradição originada com os cavaleiros medievais, então concebida às conveniências e às aventuras extraconjugais da cavalaria errante, o *amor romântico* se iniciou como uma transgressão, associada a escritores e músicos, e cativou a fantasia da burguesia

14. Importante destacar que a maior parte dos relatos antecedeu a promulgação da Lei 13.718/2018, que incluiu o art. 218-C no Código Penal, tipificando a pornografia de vingança como crime. Por esse motivo, são referidos crimes diversos ao fato.

da revolução industrial europeia (LINS, 2017). Esse novo modelo, que começou a propagar seu código a partir do fim do século XVIII – podemos tomar como um marco a publicação de *Os sofrimentos do jovem Werther*, de Goethe, em 1774 –, deve ser compreendido como fruto de um conjunto de influências que afetaram as relações sociais nesse período. Há quem argumente que uma maior submissão das mulheres nesse período foi um reflexo doméstico do crescente poder imperialista que os homens europeus estavam reivindicando sobre mundo (BARSTOW apud LINS, 2017, p. 112). Ainda no âmbito doméstico, o surgimento da família nuclear, menos numerosa que antes, promovendo a ideia do lar como um refúgio e um maior vínculo entre o casal, junto com a reinvenção da maternidade, certamente alimentaram alguns dos valores propagados pelo amor romântico (BLOCH, 1995; GIDDENS, 1993; LINS, 2017; ROUDINESCO, 2003). A onda crescente de novelas e romances, que marcou o mercado editorial no período, também pode ser considerada um fator importante ao fornecer um rico material narrativo para lidar com a experiência subjetiva e se tornar um instrumento de interpretação e tradução dos signos que passaram a circular nas trocas humanas (DUNKER, 2017, p. 80). Nas histórias – e, por declinação, nas expectativas individuais –, o amor romântico não era construído na relação com uma pessoa real, mas em uma idealização inventada. (Mas, perceba-se: o consumo ávido dessas histórias não deve ser entendido como um vetor único de assimilação passiva de novos códigos sociais; em sentido contrário, reforçando essa interação, os leitores também buscavam nos romances o êxtase idealizado do amor que lhe era negado no mundo real (GIDDENS, 1993).) Ainda, em sintonia com os valores vitorianos em voga no período, o *amor romântico* rompeu com a sexualidade, embora ainda a abarcasse, e estabeleceu um novo padrão de amor como um sentimento doméstico, casto, controlado (FOUCAULT, 1993). O romance, assim compreendido, é bastante incompatível com a luxúria, um pouco porque o ser amado é idealizado, mas, em especial, porque "presume uma comunicação psíquica, um encontro de almas que tem um caráter reparador" (GIDDENS, 1993, p. 56). Ou seja: o outro preenche um vazio. E, por essa razão, o amor romântico estabeleceu uma nova orientação: a busca pelo parceiro certo e definitivo.

O credo do *amor romântico* se sustenta em três afirmações principais: o amor é um sentimento universal[15] e natural; o amor é um sentimento involuntário,

15. Costa (1998, p. 14-15) explica que, na crença da universalidade do amor, "universal" é descuidadamente empregado como termo equivalente ao potencial partilhável por muitos ou por todos, sem que seja feita a distinção entre o que é opcional e o que é obrigatório.

irracional e incontrolável; o amor é a condição *sine qua non* da máxima felicidade (COSTA, 1998, p. 13-22).[16] Ainda bastante vigoroso, reforçado, embora desafiado, esse credo traz consigo um grande problema: enquanto o controle religioso ou médico-científico normatizou as experiências de prazer com as dicotomias moral/imoral ou normal/anormal, o *amor romântico* fez com que as pessoas dele excluídas se considerassem infelizes, irrealizados, frustrados (e outros estigmas autoaplicados). Em outras palavras, enquanto na discriminação a diferença é legitimada como valor autônomo (inferior, desviante), no *amor romântico*, como um ideal que tem o assentimento de todos, sem quaisquer questionamentos, aprende-se que amar romanticamente está ao alcance de todos e, por isso, o sentimento de insucesso é acompanhado de culpa, baixa autoestima, infelicidade e violência, e não de revolta contra um valor imposto. Nas palavras de Costa (1998, p. 34-35):

> "Quando não realizamos o ideal imaginário do amor, buscamos explicar a impossibilidade culpando a nós mesmos, aos outros ou ao mundo, mas nunca contestando as regras comportamentais, sentimentais ou cognitivas que interiorizamos quando aprendemos a amar."

E é essa frustração causada pela não realização da compatibilidade perfeita pressuposta pelo amor romântico que pode ser a causa de episódios de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, promovendo objetificação, subordinação e controle do outro (de um lado), e culpa, submissão e relativo isolamento do mundo exterior (de outro).

Essa relação de controle persiste no mundo contemporâneo: mulheres são impedidas, por seus parceiros, de usar determinadas roupas, proibidas de sair à noite, coagidas a ter relação sexual sem preservativo. E esse controle alcança as relações mediadas pelas novas tecnologias: parceiros procuram mensagens e/ou ligações no celular de suas companheiras, olham *e-mails* e redes sociais sem autorização, obrigam a excluir algum contato ou fotos das redes, exigem a senha do celular, do *e-mail*, do Facebook (INSTITUTO AVON, s.d.). Além disso, os mecanismos de identificação de localização individual e de status (*on-line*) têm sido utilizados para monitorar e controlar o parceiro (HENRY e POWELL, 2015).

> "Meu ex-namorado após o termino do relacionamento hackeou minhas redes sociais e passou um ano me monitorando; após ver que eu estava em um novo

16. Costa (1998) demonstra, na sequência, que a prática do amor é opcional, temporalmente conforme, seletivo e ideológico (amamos com sentimentos, mas também com razões e julgamentos).

> relacionamento, enviou vários e-mails com minhas fotos nuas para todos os meus contatos e publicou em minhas redes sociais. Depois ainda me ligou pra perguntar o que estava acontecendo, mas acabou confessando que tinha feito e rindo da situação. Na época, não fiz nada juridicamente por vergonha, só queria me esconder. E até hoje, 7 anos após o ocorrido, às vezes recebo relato de quem recebeu o e-mail que ainda guarda as fotos. Me sinto insegura, receio de que essas fotos voltem a circular."
>
> (Mulher, 28 anos.)

O vazamento não consentido de imagens íntimas poderia, então, ser considerado como uma violência derivada das frustrações geradas pela ideologia do *amor romântico*? Muitos relacionamentos contemporâneos permanecem pautados pela ideia do *amor romântico*, reforçada pela cultura machista, e alguns dos relatos evidenciam que o compartilhamento de imagens sexualmente explícitas ou sexualmente sugestivas de uma antiga parceira sem o seu consentimento é uma tentativa de humilhá-la, assediá-la ou puni-la, após a ruptura da relação idealizada e a perda do "controle" (BRANCH et al., 2017, p. 129).

> "Meu ex mandou fotos e vídeos nossos para outras pessoas porque sabia que isso iria me machucar. Mas eu vivi uma relação bem abusiva, então entre agressões, ofensas pesadas e ameaças, eu diria que a exposição do meu corpo e intimidade foi o de menos. Porém, me machucou um pouco também."
>
> (Homem, 24 anos.)

> "Tínhamos um relacionamento de 7,5 anos. Depois que ele me machucou (fisicamente, uma vez, e verbalmente, por diversas vezes), crises de ciúmes e diversas demonstrações públicas de desequilíbrio emocional dele que me envergonharam muito com amigos e familiares; decidi terminar o relacionamento. Durante o relacionamento, após o terceiro ano, ele tirava algumas fotos minhas em momentos íntimos nossos e eu permitia com a promessa de que essas fotos seriam apagadas na mesma semana. Ele se excitava olhando essas fotos e eu fazia tudo para agradá-lo e, na época, confiava nele como companheiro. Depois que terminei nosso relacionamento, ele invadiu meu apartamento e com o dedo na minha cara disse que acabaria com a minha vida se eu não voltasse a manter relacionamento com ele, porque 'mulher nenhuma diz não a ele'. […] como era uma pessoa influente na política da cidade tratou de me fazer perder qualquer possibilidade de trabalho […]. Quando viu que eu não cedia, […] ele hackeou meu e-mail de trabalho, copiou todos os contatos pessoais e profissionais, criou duas contas fantasmas e enviou minhas/nossas fotos para todos. […] Minha vida acabou, fiquei mais de um mês dentro do quarto sem sair nem para comer, até que resolvi sair da cidade. […] não

> consigo descrever em palavras o tamanho da humilhação que sofri... Fazer uma reunião de trabalho com 17 pessoas (sendo homens e mulheres) onde todos naquela sala tinham visto minhas fotos... foi humilhante demais. [...] Perdi as contas de quantas vezes eu quis morrer nos últimos anos. [...] estou mais forte, não me entrego facilmente, mas tenho muita dificuldade para confiar em pessoas (em especial homens)."
>
> (Mulher, 37 anos.)

Halder e Jaishankar (2013, p. 90) definem a pornografia de vingança como a divulgação de imagem sexualmente provocativa de alguém, fazendo mau uso do arquivo armazenado em dispositivo eletrônico (ali salvo com o consentimento da vítima ou por ela voluntariamente transmitido), por meio da qual o perpetrador satisfaz sua frustração por um relacionamento rompido com a difamação dessa pessoa. Mas, é interessante notar, essa satisfação não deve ser entendida como um encerramento do exercício de controle; o vazamento dos arquivos íntimos é uma prorrogação desse controle masculino sobre o comportamento feminino. O próprio conteúdo visual e textual reproduzido nos arquivos íntimos compartilhados sem consentimento possuem inerentemente uma relação de poder exercida pelo gênero masculino sobre o feminino – que fica ainda mais evidente nos casos de vídeos gravados sob o ponto de vista de um olhar masculino anônimo, conhecido como POV (*point of view*) (NABIL, 2014, p. 19, 28).

2.2. Sexting

Sexting é o nome dado à prática de transmissão de mensagens ou imagens sexualmente explícitas ou sugestivas (chamadas de *nudes*) por meio de telefones celulares, que se tornou bastante comum a partir do desenvolvimento de aparelhos com câmeras e dos smartphones.

O *sexting* tem variações de sentido que podem resultar ou não em sua condenação moral ou legal. Para evitar o encerramento conceitual, adotamos uma interpretação mais ampla dessa prática, permitindo que sua definição encontre, caso a caso, lugar num espectro que varia entre comportamentos consensuais (nos quais há mútua concordância com a transmissão de imagens) e comportamentos abusivos (quando o compartilhamento não é consentido e/ou não se tem ciência do registro), com variações intermediárias de ações coercivas (a partir das quais o consentimento é questionável) (HENRY e POWELL, 2015). Essa abertura tem como pressuposto uma cautela: desde o início das discussões no grupo de estudos, surgiu a preocupação de não realizar julgamentos morais quanto a essa prática porque se trata de uma característica geracional que revela novos

entendimentos da intimidade e da sexualidade. Afinal, como definir os limites de risco, como atribuir o predicado de promiscuidade, ou avaliar o consentimento quando não se experimenta os novos sentidos de privacidade, as vontades contemporâneas e os efeitos desinibidores[17] do ciberespaço? É bastante comum que se aconselhe jovens a evitarem a prática de enviar *nudes*, se culpe a vítima pelo *sexting* não consentido e se utilize as duras leis da pornografia infantil contra jovens[18] (HASINOFF, 2012). Essa postura leva ao cerceamento da liberdade da expressão sexual que todas as pessoas deveriam poder usufruir e, além disso, dá fundamento a que os abusos das comunicações digitais sejam enquadrados como um problema decorrente da ingenuidade dos usuários, em vez de serem vistos como uma violência de gênero (HENRY e POWELL, 2015; MCGLYNN e RACKLEY, 2017). Para nós, tornou-se mais importante apontar as consequências do compartilhamento não consentido de imagens íntimas e demonstrar a responsabilidade do perpetrador pela violência causada do que controlar ou punir esse comportamento.

De qualquer modo, nos parece claro que a troca de imagens sexualmente explícitas ou sugestivas é uma nova forma de homens e mulheres *fazerem gênero*. Fazer gênero se caracteriza pela performance intrínseca por meio da qual o comportamento, a aparência e o discurso servem como indicadores de masculinidades e feminilidades. Ela envolve uma complexa série de ações perceptivas, interacionais e micropolíticas, socialmente orientadas, que lançam atividades particulares como expressões de "naturezas" masculina e feminina. Uma vez que essas diferenças foram socialmente construídas, elas são utilizadas para reforçar a necessidade de gênero na sociedade. Segundo Branch et al. (2017, p. 131),

17. Agustina (2015, p. 42-43) argumenta que, em contextos *on-line*, as pessoas se sentem menos constrangidas e se expressam mais abertamente do que em seus relacionamentos diretos, empreendendo atitudes, no ciberespaço, que não seriam comuns em relações cara a cara, como se surgisse um *self* digital separado daquele real. O autor chama isso de "efeito desinibidor *on-line*". Para ele, essa desinibição leva as pessoas a cruzarem os limites de risco.

18. Um exemplo de desconsideração de comportamentos reais de diferentes gerações é a possibilidade legal de se punir jovens pelo *sexting*. A prática de *sexting* entre adolescentes, ainda que consensual, pode ser considerada delito, uma vez que criminalizamos indistintamente o compartilhamento e a mera posse de material sexual (arts. 241-A e 241-B, ECA) (nesse sentido, no contexto brasileiro: NERIS et al., 2017, p. 340; sobre o mesmo problema, nos Estados Unidos: HALDER e JAISHANKAR, 2014). Assim, os jovens tornam-se "danos colaterais", atingidos pelos mesmos crimes que foram criados para protegê-los (HENRY e POWELL, 2015, p. 105).

as "mulheres estão sendo ensinadas a fazer gênero por meio da prática de publicizar seu corpo de maneiras sexualmente explícitas, enquanto os homens são ensinados a fazer gênero por meio do consumo desse material." E, tratando especialmente do compartilhamento de imagens íntimas, prosseguem: "Além disso compartilhar fotos sexualmente explícitas de mulheres pode ser uma forma de demonstrar o exercício de controle sexual e do 'fazer gênero' para os homens" (p. 131). Essa é uma perspectiva vitimizante do *sexting*, que interpreta a prática como uma reprodução da violência de gênero contra as mulheres: o que aparenta ser uma interação consensual é, de fato, o reforço de uma imagem sexista da mulher, oportunizando episódios de abusos e constrangimentos. Oposto a isso, a prática pode ser vista a partir de uma perspectiva libertadora, ou seja, como uma oportunidade proporcionada pelas novas mídias de representação de experiências autênticas da sexualidade feminina, inclusive com o potencial de reescrita dos códigos da sexualidade. Fazendo um contraponto entre as duas perspectivas antípodas, que falham em negar ações consentidas (vitimização) e que ignoram a existência de um desequilíbrio de poder estrutural entre os gêneros (libertação), ao mesmo tempo em que aproveita os seus argumentos, Döring (2000) defende uma perspectiva integradora de empoderamento: a nova realidade das interações *cyber* permite um processo de aprendizado individual e um processo de emancipação política por meio da negociação de limites e da exploração dos desejos.

2.3. Cybercrime

Como uma nova prática, desenvolvida a partir do desenvolvimento de aparelhos e aplicativos que comportam a troca instantânea de arquivos de mídia pela internet, é cabível perguntar se o vazamento não consentido de imagens íntimas poderia ser considerado um *cyber*crime.[19] O *cyber*crime existe como tema literário, tópico jornalístico, pauta legislativa, como assunto na comunicação cotidiana das pessoas. No entanto, a referência corriqueira a *cyber*crimes e a consequente e expansionista pretensão atributiva do predicado *cyber* aos crimes que

19. Nesse ponto, *cyber*crime tem um sentido amplo: como violação de uma norma legal (o comportamento foi explicitamente proibido pela lei, ou seja, criminalizado em determinada jurisdição local); como desvio, ou violação de um regramento social (há um significado social à violação, considerada indesejável ou censurável, mas não de uma norma legal); ou, como nova ameaça, ou seja, a prática de ato injusto, desenvolvida a partir da própria natureza da tecnologia, mas contra a qual não há (ainda) qualquer regra local ou universal sob a qual ela possa ser categorizada (dado um sentido) (FRANÇA, 2017a, p. 231).

envolvem, de algum modo, a arquitetura da tecnologia da informação carecem de esclarecimento sobre o que é propriamente *cyber* neles. Os vários argumentos sobre isso podem ser dispostos num matiz que varia entre a ideia (tradicionalista) de que os *cyber*crimes são fundamentalmente crimes tradicionais executados por meio da tecnologia da informação e a ideia (adaptacionista) de que os *cyber*crimes marcam uma descontinuidade com os crimes tradicionais (FRANÇA, 2017b).

Parece-nos muito apropriada a proposta de Wall (2017), quem identifica variações de sentido que podem ser categorizadas cronologicamente como gerações distintas de *cyber*crimes. Ao categorizá-los por gerações, ele argumenta que diferentes desenvolvimentos tecnológicos demandam diferentes explicações criminológicas. Essa noção de transformação lhe permite oferecer um aspecto geral e reconciliatório de tipos de *cyber*crimes aparentemente distintos ao categorizá-los em diferentes fases de um processo de mudança, e compreender que as mesmas tecnologias que criam os *cyber*crimes também fornecem a oportunidade para sua regulação e seu controle. Nos *cyber*crimes de primeira geração, os computadores são utilizados no estágio preparatório do crime, como uma ferramenta de comunicação ou para obter informações preparatórias, enfim, para assistir violações tradicionais; nesses casos, a extração da tecnologia da equação criminosa não evita a execução criminosa, que pode ocorrer por outros meios. Os *cyber*crimes de segunda geração são aqueles crimes tradicionais para os quais surgiram novas oportunidades globalizadas; extraída a internet da equação, o comportamento infrator permanece, por outros meios, em menores número e escala. Os *cyber*crimes de terceira geração, por sua vez, são produtos das oportunidades criadas pela internet e somente podem ser perpetrados dentro do ciberespaço; excluída a tecnologia que os possibilitou acontecer, o crime, impossível de existir como atividade, desaparece (Ibid., p. 44-48).

Uma análise do contemporâneo fenômeno do vazamento não consentido de imagens íntimas nos leva a compreendê-lo como uma tradicional violência à intimidade sexual com oportunidades novas de execução, que foram proporcionadas pelo desenvolvimento da tecnologia da informação. Scheller (2015, p. 556) nos lembra de que Marilyn Monroe, em 1949, já fora vítima desse tipo de violência, quando, sem dinheiro, pousara nua para o fotógrafo Tom Kelly que circulou suas imagens sem seu consentimento três anos depois. O que chamou a atenção atualmente para o fenômeno foi a plataforma acessível que a internet oferece para publicação e distribuição dos arquivos. Como *cyber*crime híbrido (segunda geração), portanto, o compartilhamento não consentido deve ser compreendido como uma violência tradicional (violência contra a intimidade sexual), com motivação

tradicional (violência doméstica e, majoritariamente, de gênero[20]), porém, executada por um novo meio tecnológico acessível que potencializa seus efeitos.

2.4. Criminalização

Como uma violência potencializada por tecnologia bastante recente, o vazamento não consentido de imagens íntimas não tinha, até pouco tempo, um enquadramento legal específico. Estudiosos e operadores do direito recorriam a outros tipos penais tradicionais na tentativa de imputar um crime aos responsáveis. As (in)adequações típicas mais comuns eram os crimes contra a honra: difamação (art. 139, Código Penal) e injúria (art. 140, CP). Recorria-se também aos crimes contra a liberdade individual, quando o fato envolvia ameaça (art. 147, CP), e contra a propriedade, no caso de extorsão (art. 158, CP). Os casos em que havia violação indevida de mecanismo de segurança podiam caracterizar a invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP); e naqueles em que o arquivo vazado continha cena de violência sexual, limitava-se ao crime de estupro (art. 213, CP) a imputação penal dos responsáveis pelo constrangimento sexual.

> "Levei o computador para formatar, e lá eles mexeram nas fotos e repassaram."
>
> (Mulher, 25 anos.)

> "Fui embriagada por pessoas que considerava amigos, abusaram sexualmente de mim e filmaram. Acabei sabendo um ano depois do ocorrido."
>
> (Mulher, 23 anos.)

Se o arquivo compartilhado tivesse cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, aplicava-se (e ainda se aplica) o art. 241-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente. E houve quem defendesse a aplicação das contravenções penais de importunação (art. 61, Lei de Contravenções Penais) e de perturbação da tranquilidade (art. 65, LCP).

Havia uma expectativa de criminalização do vazamento não consentido de imagens íntimas a partir do Projeto de Lei da Câmara 18/2017 (originalmente Projeto de Lei 5.555/2013). A sua proposta final incluía a violação da intimidade no âmbito da violência psicológica descrita na Lei Maria da Penha (art. 7º, II) e previa a criminalização, no próprio Código Penal, do registro (art. 216-B) e da

20. Quando se fala em violência de gênero é preciso esclarecer que sua caracterização não corresponde à ideia de que as mulheres sofram mais violência que os homens, mas sim que elas sofrem essa violência em decorrência do fato de serem mulheres (SIQUEIRA, 2015).

divulgação (art. 216-C) não autorizados da intimidade sexual. No entanto, a primeira alteração legislativa no Código Penal derivou do PL 5.452/2016. Originalmente, esse projeto pretendia tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e previa causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Em dezembro de 2016, o Parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) recomendou a complementação do tipo, de modo a criminalizar também as hipóteses em que a divulgação tivesse por objeto não apenas cena de estupro, mas também de sexo explícito ou de pornografia sem o consentimento da vítima, com uma pena privativa de liberdade de 3 meses a 1 ano, qualificada (2 a 5 anos) para o caso de o crime ser cometido por agente que manteve qualquer relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação. Em novo Parecer da CCJC, a partir das análises feitas pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher e das sugestões constantes das proposições apensadas ao projeto principal, o tipo penal ganhou novo posicionamento (art. 218-C); foram sugeridos a exclusão da palavra "explícito" da expressão "sexo explícito", em razão da subjetividade que o critério poderia carregar, e o acréscimo do termo "nudez", para englobar a divulgação não consentida de imagens íntimas que não contivesse cena de sexo ou não fosse de caráter pornográfico; a pena em abstrato foi aumentada para 2 a 5 anos; a qualificadora anterior se tornou uma causa de aumento de pena de um a dois terços (§ 1º); e foi prevista uma excludente de ilicitude específica (§ 2º). Posteriormente, tendo em conta o art. 241-A, do ECA, foi incluída a ressalva de que o artigo apenas deveria ser aplicado se o fato não constituísse crime mais grave.

Assim, a criminalização do vazamento não consentido de imagens íntimas ocorreu com a promulgação da Lei 13.718/2018, que alterou o Código Penal, estabelecendo como crimes a importunação sexual (art. 215-A) e a divulgação de cena de estupro e de cena de sexo, nudez ou pornografia sem consentimento (art. 218-C), estabeleceu causas de aumento de pena, além de ter tornado pública incondicionada a ação penal para os crimes contra a dignidade sexual:

> "Título VI
> Dos crimes contra a dignidade sexual
> Capítulo I
> Dos crimes contra a liberdade sexual
> [...]
> Capítulo II
> Dos crimes sexuais contra vulnerável
> [...]

> *Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*
>
> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.
>
> *Aumento de pena*
>
> § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.
>
> *Exclusão de ilicitude*
>
> § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos."

Ainda que devam ser reconhecidos os esforços por uma adequada elaboração legislativa (*legislative drafting*), ou seja, por uma forma apropriada de expressar o conteúdo pretendido pelo texto normativo (aspecto linguístico), encontramos problemas de técnica legislativa (estrutura formal) e de conteúdo (MADER, 2001).

a) O posicionamento do novo tipo penal demonstra uma má técnica legislativa. O art. 218-C foi disposto no capítulo dos crimes sexuais contra vulneráveis, o que pode restringir sua aplicação nos casos em que a vítima não for considerada penalmente vulnerável. Menores de 14 anos de idade são penalmente vulneráveis; mas, nesse caso, aplicam-se os arts. 241 e 241-A, do ECA. Também são penalmente vulneráveis as pessoas que não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual e aquelas que não podem oferecer resistência. Nesse sentido, o critério da ausência de consentimento para a configuração do crime de vazamento de imagens íntimas torna-se um contrassenso porque elas sequer consentiram com o ato sexual.

b) Na redação final do art. 218-C, perdeu-se a oportunidade de criminalizar a conduta de registro (fotografar, filmar) não autorizado, como previa o PLC 18/2017. Do mesmo modo, não virou crime a posse ou o armazenamento dos arquivos (diferente do previsto no criticável art. 241-B, ECA). Assim, alguém que

grava e/ou guarda, sem consentimento, um arquivo íntimo, sem posteriormente, compartilhá-lo, não comete o crime do art. 218-C.

c) O art. 218-C não prevê a responsabilização das empresas de serviço de rede social pela distribuição desse material, cabendo a elas somente a regra especial de responsabilização subsidiária de provedores prevista no art. 21, do Marco Civil da Internet.

d) Ainda que tenha previsto um aumento de pena para os casos em que o agente mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou tenha vazado as imagens com o fim de vingança ou humilhação, acertando na maior reprovação dessas situações, o artigo não traz a previsão de um aumento de pena para os casos de graves consequências do compartilhamento não consentido, como o desenvolvimento de transtornos psicológicos, assédios e agressões públicas, automutilações e até mesmo suicídio da vítima. Por ora, para esses casos, tem o julgador a opção de aumentar a pena na análise das circunstâncias judiciais do art. 59, CP, em razão das consequências do crime.[21]

e) Numa variedade de possibilidades para a realização de um propósito, para cumprir um padrão de comportamento (educação sexual nas escolas, campanhas informativas, sanções pecuniárias, medidas alternativas etc.), decidiu-se exclusivamente pela pena privativa da liberdade, mantendo-se a falida tradição de se utilizar o aprisionamento como norte sancionatório. O nosso ordenamento já prevê outras formas de sanção penal que poderiam ser mais adequadas, como as possibilidades das restritivas de direitos: prestação pecuniária à vítima, perda de bens (dispositivos utilizados para o compartilhamento indevido) e prestação de serviços à comunidade. Além disso, o novo regramento poderia ter inovado o ordenamento jurídico com outras sanções imagináveis, como uma medida educativa de comparecimento a programa sobre as violências contra as mulheres ou até mesmo a proibição temporária de utilizar telefones celulares (medida que, ainda que de difícil aplicação prática, se corretamente aplicada, teria um forte efeito dissuasivo pela contemporânea dependência desses aparelhos). E mais: a pena privativa de liberdade, prevista em 1 a 5 anos, não encontra paralelo no direito comparado. Em recente pesquisa (NERIS et al., 2017, p. 339-340) que analisou o processo de criminalização do vazamento não consentido de imagens íntimas em 27 países, constatou-se que, dos onze países que já dispunham de legislação

21. "Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e *conseqüências do crime*, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]" (Grifos nossos).

específica sobre essa prática, em apenas 3 deles, as penas máximas ultrapassavam 2 anos de prisão para casos com vítimas maiores de idade; e, dos dez países que somente tinham, à época, projetos de lei para isso, a média para as penas máximas oscilava entre 2 e 3 anos.[22]

Posterior a isso, a Lei 13.772/2018, diretamente derivada do PL 5.555/2013, incluiu a *violação da intimidade* como uma violência psicológica (art. 7º, II, Lei Maria da Penha) e criminalizou o *registro* não autorizado da intimidade sexual (novo art. 216-B, CP). A proposta de criminalização da *divulgação* não autorizada da intimidade sexual (que seria o art. 216-C, CP) foi rejeitada porque essa conduta – segundo a Relatora da CCJC, Deputada Cristiane Brasil – já estaria abrangida pelo recente tipo penal do art. 218-C, CP (parecer equivocado, conforme nossos argumentos anteriores).

Existe uma perspectiva instrumental da legislação – o que certamente fundamentou esses processos legislativos – de que a criminalização pode ser um instrumento de orientação e controle social, na tentativa de resolver um problema, alterando o comportamento daqueles para quem ela é endereçada; mas essa concepção não passa de uma premissa romântica do direito penal. Uma análise crítica do processo legislativo e da redação final do art. 218-C sugere que a inovação legal parece ser, utilizando a distinção feita por Carvalho (2008), mais um projeto para um caso emergencial (e o vazamento não consentido é, de fato, um problema contemporâneo que precisa ser compreendido e enfrentado) do que um projeto idealizado a partir de uma atividade racionalmente orientada e voltada a realizar propósitos específicos. Em outras palavras, esse ato legislativo foi muito mais um ato simbólico, que traduziu a ciência de um problema pelas autoridades políticas e a expressão de que estão atentas às preocupações públicas, porém, sem qualquer ambição real de produzir resultados práticos. Há certamente um valor no efeito simbólico do direito penal, ainda que questionável, quando ele busca apaziguar ansiedades e inseguranças objetivas; mas, como afirma Bicudo (2015, p. 187), entender o instrumento penal "como a única forma de exercício de controle normativo capaz de lidar com os riscos de uma sociedade altamente tecnológica é simplificar a complexa realidade em que vivemos."

Não cabe à criminologia fazer prognósticos. Somente com o tempo será possível indicar se os novos crimes dos arts. 216-B e 218-C cumprirão com as necessárias *efetividade* (extensão à qual os comportamentos observáveis da população

22. A comparação feita serve como referencial e não é exata. Deve-se registrar, como o fizeram os autores da pesquisa, que os valores são cambiantes e que alguns dos países referidos por Neris *et al.* (2017) possuem legislações penais estaduais.

alvo da lei correspondem ao, e são uma consequência do, modelo normativo), *eficácia* (extensão à qual a ação legislativa atinge seu objetivo) e *eficiência* (relação "custo/benefício" do ato legislativo, que não se limita às consequências financeiras e deve levar em conta fatores não materiais) (MADER, 2001). Por ora, nos parece que resolver a questão do vazamento não consentido de imagens íntimas simples e exclusivamente com sua criminalização parece uma boa forma de não resolvê-la realmente.

2.5. Mapeamento de soluções criativas

Antes da introdução dos arts. 216-B e 218-C, no Código Penal, perguntávamos se a criminalização era recomendável. Depois da criminalização, nos questionamos se ela foi adequada. As respostas para ambas as indagações foram negativas. As possibilidades jurídicas tradicionalmente oferecidas nos leva a apontar um *esgotamento* do sistema judicial. O remédio jurisdicional é tardio, os conflitos não são plenamente resolvidos, a pena não serve como dissuasão nem como correção, e a vítima não é adequadamente atendida. A falência do sistema punitivo não é uma eureca recente; muitos denunciaram que ele já nasceu fadado ao fracasso (PALLAMOLLA e ACHUTTI, 2014). Alternativas a esse modelo sancionatório já existem, como o modelo da justiça restaurativa.[23] Mas, nos propusemos o desafio de buscar outras medidas não jurisdicionais possíveis e existentes. Ao mapear soluções criativas para resolver a questão do vazamento indevido de imagens íntimas, identificamos três principais: mecanismos em operação, programação de Inteligência Artificial como prevenção e hacktivismo.

a) Existem procedimentos disponíveis oferecidos pelas próprias empresas de serviço de internet. O Google, por exemplo, apresenta a possibilidade de remoção de informação dos resultados das buscas feitas no site. É possível que se peça a remoção de informações pessoais sensíveis, como dados bancários, imagens de assinaturas (manuscritas) e de imagens ou vídeos de nudez ou sexualmente explícitos, compartilhadas sem consentimento. Todavia, essa medida tem o problema de ser consecutiva (e não preventiva) ao vazamento não consentido. Além disso, ela não retira qualquer conteúdo da rede; o que ocorre é um procedimento de desindexação (remoção) do nome dos mecanismos de busca.

23. Pallamolla (2009, p. 53) explica que a justiça restaurativa se direciona à conciliação e à reconciliação entre os envolvidos na conduta delitiva; isto é, o seu objetivo é solucionar o problema ocorrido, de maneira a reestruturar os laços rompidos, sem deixar de responsabilizar o agente, buscando, assim, a prevenção da reincidência criminal.

b) Na tentativa de sanar esses problemas, Antigone Davis, chefe da Segurança Global do Facebook anunciou, em maio de 2018, o lançamento de um programa piloto de redução do compartilhamento não consentido, iniciado em quatro regiões do mundo: Austrália, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos. De acordo com ela, os usuários do Facebook nessas regiões já podem contar como uma ferramenta proativa que lhes permite informar a suspeita de compartilhamento indevido de suas imagens íntimas, as quais serão removidas. Para cada uma das imagens é criada uma "impressão digital" (conhecida como *hash*) para evitar futuros compartilhamentos. O problema, nesse caso, é que as pessoas que suspeitam que imagens suas possam ter sido indevidamente compartilhadas precisam fazer o *upload* das imagens íntimas (garante-se que é por meio de um *link* único e seguro, enviado por *e-mail*) para que a empresa impeça que qualquer outra pessoa compartilhe as imagens no Facebook, no Instagram e no Messenger.

Esse projeto de programação vem ao encontro da ideia de que a arquitetura do ciberespaço é capaz de regulamentar e controlar os comportamentos dos seus usuários e a responsabilidade das empresas provedoras de internet (FRANÇA, 2017b; KATYAL, 2001, p. 1094-1111, 2003; LESSIG, 2006). Lessig (1998) foi responsável por evidenciar a importância do *código*, isto é, do conjunto de protocolos e de regras codificadas e implementadas que determinam como as pessoas interagem no espaço virtual. Posteriormente, e de forma mais detalhada, Lessig (2006) explicou que existem dois tipos de códigos. O primeiro tipo de código denota a técnica, tão antiga quanto o próprio governo, pela qual um congresso legisla: temos códigos civis, penais, tributários, de trânsito etc. O segundo tipo de código é aquele elaborado por programadores, concretamente representado por instruções embutidas em discos rígidos e programas que fazem o ciberespaço funcionar. O que Lessig (2006, p. 72) afirma é que o primeiro tipo de código pode afetar o segundo:

> "Quando o comércio escreve um código, então o código pode ser controlado, porque entidades comerciais podem ser controladas. Assim, aumenta o poder legislativo sobre o programador conforme o código legislativo se torna cada vez mais comercial."

Assim, tal como uma estrutura arquitetônica sujeita o comportamento humano (o que inspirou as criminologias ecológicas), o código programado, regulamentado pelo código legislativo, estrutura e condiciona comportamentos, estabelece restrições e permissões, possibilitando a prevenção de ações indesejadas – como, no que nos interessa aqui, o compartilhamento não consentido de imagens íntimas. Defendendo a proposta de uma arquitetura digital para o

controle do *cyber*crime, Katyal (2003, p. 2273), contudo, ressalta que, do mesmo modo que alguns projetos urbanísticos de redução de crimes acabaram prejudicando comunidades, as respostas arquitetônicas à violência no ciberespaço devem ser bem planejadas, sob risco de gerar prejuízos graves a longo prazo.

c) O hacktivismo foi outra forma de resposta ao vazamento não consentido de imagens íntimas que identificamos na nossa pesquisa. No âmbito das violências domésticas e de gênero, hackers feministas utilizam o ativismo digital como uma ferramenta de ação social. Uma *hacker* brasileira recentemente afirmou que ela invade computadores e celulares de homens que compartilham *nudes* e deleta todos os arquivos dos bancos de dados do perpetrador:

> "As mulheres procuram a gente porque é mais fácil e eficiente do que recorrer à polícia. Apagar um *nude* que vazou pode salvar a vida de uma menina que estaria completamente taxada em seu ambiente de estudo ou de trabalho caso algo não fosse feito rapidamente. Já vi mulheres terem suas vidas destruídas por um nude que vazou." (MORGADO, 2018)

Essa ação é conhecida como *hacking*. No entanto, o hacktivismo apresenta outros tipos de ações vigilantes para casos semelhantes: o *doxing* se caracteriza pela prática de busca e divulgação de informações privadas ou identificáveis sobre um indivíduo ou uma organização (alguém que vaza fotos sem consentimento pode ter seus dados pessoais, de residência e/ou bancários publicizados por hacktivistas); e o escracho (*public shaming*), que é basicamente uma humilhação pública *on-line*. Embora muito interessantes, é importante ressaltar que os motivos, formas e impactos desse vigilantismo virtual são ainda desconhecidos.

Considerações finais

Como anunciado na metodologia da pesquisa, o objetivo do Projeto Vazou era concentrar informações sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas para a melhor compreensão do fenômeno. Esperamos que os dados e as reflexões apresentados se tornem referência para outras pesquisas, contribuam para colocar em pauta esse comportamento e suas consequências, e incentivem que vítimas e perpetradores reconheçam a violência da pornografia da vingança. O artigo não pretende ser conclusivo. Mais discussões são necessárias sobre os efeitos dos códigos do amor romântico, sobre os novos entendimentos da intimidade e da sexualidade no século XXI, sobre como a tecnologia da informação estrutura e condiciona novos comportamentos, e sobre o esgotamento dos sistemas penal e judicial para resolver algumas questões contemporâneas.

Esperamos que tenha ficado evidente que o compartilhamento não consentido de imagens íntimas é uma violência contra a intimidade sexual que carrega consigo as mesmas motivações das violências doméstica e de gênero. O vazamento reforça as perspectivas culturais misóginas: considerando que são os homens que majoritariamente compartilham os arquivos, é possível perceber que eles são responsáveis pelo enquadramento (tanto no sentido técnico da gravação, quanto no sentido metafórico da produção de discurso) do corpo feminino e de sua performance sexual, criando um ponto de vista específico sobre a mulher e sua sexualidade (NABIL, 2014, p. 9). A câmera registra e divulga o violento olhar masculino sobre a mulher.

Esperamos, ao fim, que o nosso projeto tenha cumprido seu papel de denúncia. E que ele tenha acalentado as dores das vítimas dessa violência, concedendo-lhes voz.

> "Um dia, passou um homem, me chamou e mostrou o vídeo. Ali, já tinha se alastrado igual fogo. Ali, começou todo a destruição da minha vida. Fiquei trancada por uns meses, tendo que largar o curso de [...]. Na época, perdi a bolsa do ProUni, visto que as faltas foram demais. Fiquei mais antissocial, mais nervosa, com síndrome de perseguição, autoestima baixa, ansiedade e passei a usar [remédios] controlados. Até hoje, não trabalho e isso interfere nos meus relacionamentos com as pessoas e homens. Não fui mais a mesma. Perdi a alegria de viver e, passados só 2 anos e meio, não superei, sempre lembrando disso... LLLL Se quiserem me chamar para ajudar em algo, além do depoimento, fiquem à vontade. Falaria para várias pessoas sobre isso. Gratidão Pelo Desabafo."
>
> (Mulher, 29 anos.)

Referências

AGUSTINA, Jose R. "Understanding Cyber Victimization: Digital Architecture and the Disinhibition Effect". *International Journal of Cyber Criminology*, v. 9, n. 1, p. 35-54, 2015.

BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que punir?*: teoria geral da pena. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLOCH, R. Howard. *Misoginia medieval e a invenção do amor romântico ocidental*. Trad. Cláudia Moraes. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

BRANCH, Kathryn; HILINSKI-ROSICK, Carly M.; JOHNSON, Emily; SOLANO, Gabriela. "Revenge Porn Victimization of College Students in the United States: An Exploratory Analysis". *International Journal of Cyber Criminology*, v. 11, n. 1, p. 128-142, 2017.

CARVALHO, Salo de. "Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal". *Boletim IBCCrim*, v. 16, n. 193, p. 8-10, 2008.

COSTA, Jurandir Freire. *Sem fraude nem favor*: estudos sobre o amor romântico. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

CYBER CIVIL RIGHTS INITIATIVE. *2017 nationwide online study of nonconsensual porn victimization and perpetration*: a summary report. Miami: Cyber Civil Rights Initiative, Inc., Department of Psychology of Florida International University, 2017.

DÖRING, Nicola. "Feminist Views of Cybersex: Victimization, Liberation, and Empowerment". *Cyberpsychology & Behavior*, v. 3, n. 5, p. 863-884, 2000.

DUNKER, Christian. *Reinvenção da intimidade*: políticas do sofrimento cotidiano. São Paulo: Ubu, 2017.

DYMOCK, Alex. "Prurience, punishment and the image: Reading 'law-and-order pornography'". *Theoretical Criminology*, v. 21, n. 2, p. 209-224, 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FRANÇA, Leandro Ayres. "Cibercriminologias". In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017a. p. 221-243.

FRANÇA, Leandro Ayres. Criminologias cyber. 2017b. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade*: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

HALDER, Debarati; JAISHANKAR, K. Teen sexting: a critical analysis on the criminalization vis-à-vis victimization conundrums. *The Virtual Forum Against Cybercrime (VFAC) Review*, n. 6, p. 26-42, 2014.

HALDER, Debarati; JAISHANKAR, K. "Revenge Porn by Teens in the United States and India: A Socio-Legal Analysis", In: International Society For Criminology. *International Annals of Criminology*, v. 51-1/2, p. 85-111, 2013.

HASINOFF, Amy Adele. "Sexting as media production: Rethinking social media and sexuality", *New Media & Society*, v. 15, n. 4, p. 449-465, 2013.

HENRY, Nicola; POWELL, Anastasia. "Beyond the 'sext': Technology facilitated sexual violence and harassment against adult women". *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, v. 48, n. 1, p. 104-118, 2015.

INSTITUTO AVON; DATA POPULAR. *Violência contra a mulher*: o jovem está ligado? s.d.

KATYAL, Neal Kumar. "Criminal Law in Cyberspace". *University of Pennsylvania Law Review*, v. 149, n. 4, p. 1003-1114, 2001.

KATYAL, Neal Kumar. "Digital Architecture as Crime Control". *Yale Law Journal*, v. 112, n. 8, p. 2261-2289, 2003.

LESSIG, Lawrence. *Code*: version 2.0. New York: Basic Book, 2006.

LESSIG, Lawrence. *The laws of cyberspace*: draft 3. In: Taiwan Net '98, 1998, Taipei. Artigo.

LINS, Regina Navarro. *O livro do amor, volume 2*. 4. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.

MADER, Luzius. "Evaluating the Effects: A Contribution to the Quality of Legislation". *Statute Law Review*, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.

MASLOW, Abraham Harold. "A Theory of Human Motivation". *Psychological Review*, v. 50, p. 370-396, 1943.

MASLOW, Abraham Harold. *Motivation and personality*. New York: Harper and Brothers, 1954.

McGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. "Image-Based Sexual Abuse". *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 3, p. 534-561, 2017.

MCLACHLAN, Katherine; LAUGHTON, Victoria. *Revenge Porn*: myths and victims' experiences. s.d. 19 slides. Victim Support Service. Disponível em: [https://www.academia.edu/30749488/Five_Myths_about_Revenge_Porn>. Acesso em 05/06/2020].

MENEGHEL, Stela Nazareth; BAIRROS, Fernanda; MUELLER, Betânia; MONTEIRO, Débora; OLIVEIRA, Lidiane Pellenz de; COLLAZIOL, Marceli Emer. "Rotas críticas de mulheres em situação de violência: depoimentos de mulheres e operadores em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil". *Cad. Saúde Pública*, v. 27, n. 4, p. 743-752, 2011.

MORGADO, Marcela. "Elas vão hackear o mundo: Mulheres hackers e o ativismo digital podem trazer mudanças relevantes para as questões femininas e modificar a internet como a conhecemos". *Revista TPM*, n. 174, 05 abr. 2018.

NABIL, Md. From sex tapes to revenge porn: construction of a genre: gender, sexuality and power in new media. 2014. Tese (Mestrado em Mídia e Comunicação) – Master's Programme in Media and Communication Studies, Stockholms Universitet, Stockholm.

NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; VALENTE, Mariana Giorgetti. "Análise comparada de estratégias de enfrentamento a 'revenge porn' pelo mundo". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, p. 333-347, 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PALLAMOLLA, Raffaella; ACHUTTI, Daniel. "Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista". *Sistema Penal & Violência*, v. 6, n. 1, p. 75-87, 2014.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SCHELLER, Samantha H. "A Picture Is Worth a Thousand Words: The Legal Implications of Revenge Porn". *North Carolina Law Review*, v. 93, n. 2, p. 551-597, 2015.

SELL, Sandro César. *A etiqueta do crime*: considerações sobre o "labelling approach". Santa Catarina: 2011. Disponível em: [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13349-13350-1-PB.pdf]. Acesso em 05/06/2020].

SIQUEIRA, Camilla Karla Barbosa. *As três ondas do movimento feminista e suas repercussões no direito brasileiro*. In: Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, XXIV. Florianópolis, 2015. Artigo. Belo Horizonte: CONPEDI, p. 328-354, 2015.

SYDOW, Spencer Toth; CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Exposição pornográfica não consentida*: da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; BULGARELLI, Lucas. *Nem revenge, nem porn*: analisando a exposição online de mulheres adolescentes no Brasil. São Paulo: InternetLab, 2015.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código*: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016.

VROOM, Victor Harold. *Work and motivation*. New York: Wiley, 1964.

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

Anexo I
Reprodução dos Textos do Site do Projeto (www.projetovazou.com)

Projeto Vazou

O vazamento não consentido de imagens íntimas é uma forma de violência contemporânea.

Pouco se conhece sobre seus motivos e efeitos, características de causadores e vítimas, quais redes são mais utilizadas etc., em especial por causa do baixo índice de denúncias e pela inexistência de fontes oficiais confiáveis.

A falta de dados impede que o fenômeno possa ser compreendido e, por consequência, que políticas adequadas de prevenção e repressão possam ser propostas.

Outros pesquisadores já realizaram entrevistas, estudos de caso e análises de jurisprudência; além disso, há várias reportagens sobre o tema. São ótimas referências, mas ainda nos falta um panorama mais completo sobre esse fenômeno.

O *Projeto Vazou* busca colher essas valiosas informações a partir das experiências das vítimas dos vazamentos.

O projeto buscou testemunho de pessoas que tiveram arquivos de imagens e/ou vídeos vazados. Essas pessoas responderam um questionário on-line.

Para visualizar o resultado do projeto, leia o QR code abaixo:

A participação nesta pesquisa é voluntária e se você decidir não participar ou quiser desistir de continuar em qualquer momento, tem absoluta liberdade de fazê-lo.

A participação nesta pesquisa é anônima; o questionário foi elaborado de tal forma que não grave informações pessoais.

Os resultados desta pesquisa serão publicados em artigos e livros, podendo ainda ser utilizados em eventos científicos, nos quais serão omitidas todas as informações que permitam identificar pessoas.

Não há despesas pessoais para os participantes em qualquer fase da pesquisa; também não há compensação financeira relacionada à participação.

Mesmo não tendo benefícios diretos em participar, indiretamente você estará contribuindo para a compreensão do fenômeno estudado e para a produção de conhecimento científico.

Ajude-nos, também, compartilhando essa pesquisa.

Outras informações

Metodologia:

Pesquisa qualitativa, exploratória e explicativa, realizada por meio de um questionário com questões mistas (fechadas e abertas).

Organização:

Grupo de Estudos em Criminologias Contemporâneas. Coordenado por *Leandro Ayres França*, o GECC reúne pesquisadores e acadêmicos para a leitura e discussão de recentes produções na seara da Criminologia. O GECC é autônomo, desvinculado de instituições de ensino e de órgãos governamentais. Mais informações *aqui*.

Outras denominações (para fins de indexação):

Disseminação não consensual de imagens íntimas, exposição íntima, non consensual intimate images (NCII), pornografia de vingança, pornografia de revanche, revenge porn, sexting, vazamento de imagens íntimas, violação de intimidade, violação de privacidade.

Imagens deste site:

Domínio público (licença Creative Commons CC0, via Pixabay).

Anexo II
Questionário do Projeto Vazou

Sobre você

Cidade

_____

Estado (UF)

_____

Gênero

☐ Feminino

☐ Masculino

☐ Outro: _____

Idade atual

_____

Página[24] 1 de 9

Sobre quem vazou o(s) arquivo(s)

Você conhece quem vazou o conteúdo?

☐ Não

☐ Sim

Página 2 de 9

Sobre quem vazou o(s) arquivo(s)

Maiores informações sobre quem vazou o(s) arquivo(s)

Gênero

☐ Feminino

24. A paginação se refere às páginas virtuais do formulário.

☐ Masculino

☐ Outro: _____

Idade

_____

Você tinha ou tem relacionamento com a pessoa?

☐ Não

☐ Sim

Se sim, qual o tipo de relacionamento?

☐ Casamento/união estável

☐ Namoro

☐ Amizade

☐ Outro: _____

Página 3 de 9

Consentimento

Você sabia da gravação?

☐ Não

☐ Sim

Você autorizou/forneceu a gravação?

☐ Não

☐ Sim

O que te motivou a autorizar/fornecer a gravação?

_____

Página 4 de 9

Sobre o vazamento das imagens íntimas

Quantos anos você tinha quando ocorreu a gravação?

_____

Qual foi o tipo de arquivo vazado?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

☐ Foto(s)

☐ Vídeo(s)

O arquivo foi vazado para quais aplicativos?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

- ☐ WhatsApp
- ☐ Facebook
- ☐ Twitter
- ☐ Instagram
- ☐ Snapchat
- ☐ E-mail
- ☐ Site pornô
- ☐ Outro: _____

Como você ficou sabendo do vazamento?

_____

Você sabe o motivo do vazamento?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

- ☐ Vingança
- ☐ Ameaça
- ☐ Extorsão
- ☐ Invasão do aparelho
- ☐ Compartilhamento sem motivação específica
- ☐ Exibição da imagem ou do vídeo sem envio do arquivo
- ☐ Não sei

Página 5 de 9

Consequências

O que aconteceu com você quando descobriu o vazamento?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

- ☐ Depressão
- ☐ Ansiedade
- ☐ Transtorno de estresse pós-traumático
- ☐ Isolamento do contato social
- ☐ Abandono de escola/curso/faculdade
- ☐ Perda do emprego
- ☐ Dificuldade para conseguir novo emprego
- ☐ Mudança de residência
- ☐ Agressões

- ☐ Assédios na rua ou em outros lugares públicos
- ☐ Automutilação e pensamentos suicidas
- ☐ Não me importei
- ☐ Aproveitei o fato para uma ação positiva. Qual?

_____

A sua família soube do vazamento?

- ☐ Não
- ☐ Sim

Se a família soube, como ela reagiu?

- ☐ Apoio
- ☐ Rejeição/retaliação

Como você se recuperou do incidente?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

- ☐ Não me recuperei ainda
- ☐ Grupo de apoio, ajuda de amigos, empoderamento
- ☐ Apoio familiar
- ☐ Tratamento psicológico
- ☐ Tratamento psiquiátrico
- ☐ Não precisei de qualquer recuperação

Houve investigação policial?

- ☐ Não
- ☐ Sim

Houve processo judicial?

- ☐ Não
- ☐ Sim

Página 6 de 9

O que você gostaria que acontecesse?

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

- ☐ Identificação de quem vazou o arquivo
- ☐ Retirada do conteúdo da internet ou de outros aplicativos
- ☐ Indenização
- ☐ Punição (aplicação de pena)

Página 7 de 9

[Esta página somente abria para aqueles que respondessem negativamente à pergunta "Houve processo judicial?" e, em seguida, remetia-se à página 9.]

Processo civil

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

☐ Pedido de indenização

☐ Pedido de identificação do IP/celular

☐ Pedido de desindexação (remoção) do nome dos mecanismos de busca

☐ Pedido de remoção de conteúdo/link

☐ Outro: _____

Processo criminal

(Pode ser marcada mais de uma alternativa)

☐ Difamação (art. 139, Código Penal)

☐ Injúria (art. 140, Código Penal)

☐ Injúria (art. 140, Código Penal)

☐ Ameaça (art. 147, Código Penal)

☐ Extorsão (art. 158, Código Penal)

☐ Estupro (art. 213, Código Penal)

☐ Pornografia infantil (Estatuto da Criança e do Adolescente)

☐ Outro: _____

Outras medidas foram tomadas? Descreva:

_____

Página 8 de 9

[Esta página somente abria para aqueles que respondessem positivamente à pergunta "Houve processo judicial?".]

Comentários

(Se for relatar o que aconteceu, pedimos para que sejam omitidos os nomes das pessoas.)

_____

Consentimento [preenchimento obrigatório para envio das respostas]

☐ Autorizo o uso das informações fornecidas e confirmo que tive acesso à página de esclarecimento sobre a pesquisa (www.projetovazou.com).

Página 9 de 9

Anexo III

Sugestão de conteúdo prático para campanhas educativas e preventivas

a) Divulgacão: Mitos e verdades da pornografia de vingança (adaptado de MCLACHLAN e LAUGHTON, s.d.):

Mitos da Pornografia de Vingança	Verdades da Pornografia de Vingança
Não é violência sexual	É violência sexual
Não é violência doméstica	É violência doméstica
Não é violência de gênero	É violência de gênero
Não é nada demais	Causa danos graves
É um ato de vingança	É um ato de poder e controle
Suas vítimas são as responsáveis	Quem vaza é responsável

b) Orientação: Medidas imediatas a serem tomadas pelas vítimas de vazamento/compartilhamento não consentido de imagens íntimas:

1. Coletar e reunir todas as informações encontradas nas redes sociais.

2. Registrar uma ocorrência policial em delegacia especializada (Delegacia da Mulher, para vítimas mulheres).

3. Para fins processuais, procurar um tabelionato e registrar uma ata notarial, na qual se dará "fé pública" à informação encontrada na rede.

4. Após a preservação dos dados, notificar o provedor que mantém o conteúdo para que o remova, de acordo com o art. 21, do Marco Civil da Internet.

5. Procurar orientação de advogado(a) especializado(a).

6. Buscar apoio emocional em grupos ofertados pelos serviços de assistência e/ou apoio psicológico em locais especializados ou de referência.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Direito à imagem na internet: estudo sobre o tratamento do marco civil da internet para os casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas, de Chiara Spadaccini de Teffé – *RDCC* 15/93-127 (DTR\2018\1622); e
- Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, de Chiara Antonia Spadaccini de Teffé – *RDPriv* 63/59-83 (DTR\2015\13064).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web (JRP\2018\702836).

Movimentos sociais: origens e criminalização

Social movements: origins and criminalization

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano

Pós-Doutoramento em Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor, Mestre e Bacharel em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Constitucional e Fundamentos de Direito Público da graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP. Professor no curso de especialização em Direito Administrativo da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC-SP. Professor nos cursos de mestrado e doutorado da PUC-SP. Advogado.
pedroadv@uol.com.br

Autor convidado

Área do Direito: Constitucional

Resumo: Os movimentos sociais são uma instituição social diretamente relacionada às noções de democracia, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana e, ainda, aos direitos fundamentais de reunião, liberdade de associação, de expressão e manifestação do pensamento. Por essa razão, as propostas de alteração legislativa destinadas a criminalizar como atos de terrorismo as atividades dos movimentos sociais são inconstitucionais. No plano internacional, na contramão das pretensões criminalizatórias nacionais, o Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução A/C.3/73/L.30, editou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e outras pessoas que trabalham em áreas rurais. A Declaração, ao prever, com elevada precisão e detalhamento, os direitos humanos daqueles que provêm a subsistência no campo, reconheceu, dentre outros aspectos, ser essencial à eficácia plena dos direitos ali previstos a sua proteção e tutela através de movimentos sociais.

Abstract: Social movements are a social institution directly related to the notions of democracy, the democratic State of Law, the dignity and also to the fundamental rights of assembly, freedom of association, expression and expression of thought. For this reason, proposals for legislative changes aimed at criminalizing the activities of social movements as acts of terrorism are unconstitutional. At the international level, in opposition to national criminalization claims, the Third Committee of the United Nations General Assembly, through Resolution A/C.3/ 73/L.30, edited the United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas. The Declaration, by providing, with high precision and detail, the human rights of those who provide for subsistence in the countryside, recognized, among other aspects, being essential to the full effectiveness of the rights there provided for their protection and protection through social movements.

Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto. Movimentos sociais: origens e criminalização.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 169. ano 28. p. 271-288. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

Palavras-chave: Movimentos sociais – Direito de resistência – Autoritarismo líquido – Estado de exceção – Direitos fundamentais.

Keywords: Social movements – Right of resistance – Liquid authoritarianism – State of exception – Fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução: prolegômenos dogmáticos. 2. Origem e evolução: aspectos zetéticos. 3. Características. 4. Constitucionalismo e o fortalecimento dos mecanismos contramajoritários de participação popular. 5. O direito de resistência. 6. Sociedade civil enquanto elemento estrutural do Estado. 7. Considerações finais: a criminalização dos movimentos sociais. Referências.

1. Introdução: prolegômenos dogmáticos

Os movimentos sociais são uma instituição social diretamente relacionada às noções de democracia, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana e, ainda, aos direitos fundamentais de reunião, liberdade de associação, de expressão e manifestação do pensamento.

Com efeito, os movimentos sociais impõem especial proteção do Estado, isso em razão de determinação da Constituição da República quando ela prevê (a) ser a República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*); (b) ser fundamento da República a cidadania e o pluralismo político (art. 1º, incisos II e V); (c) ser o poder emanado do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único); (d) ser objetivo fundamental da República a constituição de uma sociedade livre (art. 2º, inciso I); e, por fim, (e) serem fundamentais os direitos de associação e de reunião (art. 5º, incisos XVI a XXI).

Consoante os quadrantes impostos pelo constitucionalismo clássico, a Constituição da República, no seu art. 5º, incisos XVI a XXI, garantiu os direitos fundamentais de reunião e de associação, de modo que

> "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente."

Além do mais, prevê-se ser "plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

Do mesmo modo, é inegável que os movimentos sociais estão diretamente relacionados aos direitos fundamentais de manifestação do pensamento (art. 5º,

inciso IV) e a liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), os quais são indissociavelmente ligados à cidadania, bem como à participação na vida da *polis* (art. 1º, inciso II) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III).

Referidos direitos costumam ser denominados "direitos de primeira geração", os quais compreendem os direitos civis e também políticos das chamadas liberdades clássicas, negativas ou formais. Paulo Bonavides, nesse contexto, preceitua que tais direitos "valorizam o homem – singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil" (BONAVIDES, 2001, p. 516).

Do mesmo modo, José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar das chamadas liberdades clássicas, caracterizam-nas como "posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva". Os por ele chamados de "direitos a acções negativas", caracterizam-se, assim, por uma abstenção do Estado[1].

Tais direitos costumam caracterizados pela necessidade de uma ação negativa do Estado. De todo modo, contemporaneamente, a eficácia de tais direitos não impõe apenas uma abstenção estatal, mas também a atuação fomentadora, consoante passaremos a demonstrar no que tange à atuação dos movimentos sociais.

O direito à liberdade de pensamento e de expressão é conceituado pelo Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 13, como "a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha."

José Afonso da Silva assinala que a liberdade de pensamento compreende a exteriorização intelectual, o que, naturalmente, pressupõe interações sociais,

1. Nas palavras do autor, "as liberdades (liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdade de consciência de religião e de culto, liberdade de criação cultural, liberdade de associação) costumam ser caracterizadas como posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva. Nesse sentido, as liberdades identificam-se com direitos a acções negativas; seriam Abwerrechte (direitos de defesa). Resulta logo do enunciado constitucional que, distinguindo-se entre 'direitos, liberdades e garantias', tem de haver algum traço específico, típico das posições identificadas como liberdades. Esse traço específico é o da alternativa de comportamento, ou seja, a possibilidade da escolha de um comportamento. Assim, como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza perante o Estado), mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre viver ou morrer). A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex., ter ou não ter religião; fazer ou não fazer parte de uma associação; escolher uma ou outra profissão)" (CANOTILHO, 2002, p. 1.246).

bem como a troca de conhecimentos e de opiniões (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 240). Para o mesmo autor, a liberdade de opinião, na qual se incluem as formas de manifestação, caracteriza-se pela "liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro" (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 240).

Veja-se, portanto, que os direitos fundamentais de liberdade de expressão e manifestação do pensamento pressupõem, inclusive, a liberdade de tomada de posição pública através da difusão de ideias através de movimentos sociais.

Analisando o precedente *Brandenburg versus Ohio, 395 US 444 (1969),* da Suprema Corte Norte-Americana, Cass Robert Sunstein destaca que a liberdade de expressão está diretamente ligada à própria ideia de democracia, uma vez que a proteção de "dissidentes" não se presta somente a proteger individualmente as pessoas que professam determinadas ideias, mas também as inúmeras pessoas que se beneficiam da coragem ou da temeridade daqueles que discordam (SUNSTEIN, 2003, p. 98). Para o mesmo autor, a sociedade beneficia-se do dissenso, ao passo que determinadas pressões levam as pessoas à omissão e ao silêncio. Portanto, a tutela constitucional dos movimentos sociais, bem como a especial proteção do Estado, não se direciona, exclusivamente, aos que são dele integrantes, mas à sociedade como um todo, que deles se beneficia.

Os direitos fundamentais

> "além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 180)."

Veja-se, portanto, que os direitos de reunião e de associação, ao serem qualificados como fundamentais pela Constituição, impõem especial proteção do Estado.

Especificamente com relação ao direito de reunião, ele deve ser entendido na sua acepção ampla, para englobar "qualquer agrupamento formado em certo momento com o objetivo comum de trocar ideias ou receber manifestação do pensamento político, filosófico, religioso, científico ou artístico" (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 266). Portanto, o exercício do direito de reunião não pressupõe, necessariamente, a existência de um "agrupamento organizado", bem como um "acerto entre os componentes, estruturação interna". Portanto, basta a "simples

atração a um objetivo comum, que sequer precisa ser definido", bem como a "formação grupal passageira" (AFONSO DA SILVA, 2004, p. 266).

Veja-se, portanto, que o direito de reunião está relacionado ao agrupamento, não necessariamente organizado, tendo em vista o debate de ideias e à realização de manifestações públicas. Em outras palavras, não se exige, necessariamente, uma estruturação interna e que existam interesses integralmente coincidentes. Do mesmo modo, relevante destacar que o direito de associação não compreende apenas relações de natureza societária ou contratual, mas toda e qualquer forma de conjugação de esforços sem finalidade paramilitar ou lucrativa.

No âmbito do Direito Internacional Público, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. XX, "1", prevê que todo ser humano possui direito à liberdade de reunião e associação pacíficas. Do mesmo modo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no seu art. 21, assegura o direito de reunião pacífica. Além do mais, o art. 22 do mesmo tratado garante o direito de associação. Tais previsões também constam da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ("Pacto de San José da Costa Rica") nos seus arts. 15 e 16 e, ainda, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nos seus arts. XXI e XXII.

Veja-se, portanto, que as noções de democracia, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana e, ainda, os direitos fundamentais de reunião, liberdade de associação, de expressão e manifestação do pensamento amalgamam-se para garantir e tutelar a constituição e desenvolvimento dos movimentos sociais.

Fixadas referidas premissas dogmáticas, e antes que adentremos especificamente no objetivo precípuo do presente estudo – consistente na análise das causas, consequências e medidas em curso tendentes à criminalização dos movimentos sociais –, realizaremos uma breve incursão zetética quanto às origens e evolução dos movimentos sociais.

2. Origem e evolução: aspectos zetéticos

Consoante destaca José Eduardo Faria, a origem dos movimentos sociais está relacionada ao modelo de desenvolvimento econômico adotado no começo da segunda metade do século XX, o que acarretou a "erosão dos laços de enraizamento social" e a "ruptura dos padrões culturais tradicionais" (FARIA, 1991, p. 12). Mais especificamente, a industrialização provocou, conforme palavras do mesmo autor, uma "crise estrutural das instituições governamentais" e uma diferenciação

socioeconômica complexa e contraditória marcada pela emergência de "associações populares não-políticas" e de "organizações coletivas" preocupadas com a reformulação dos "códigos simbólico-culturais" (FARIA, 1991, p. 11).

Ainda que, atualmente, vivenciemos o que podemos chamar de segunda fase evolutiva dos movimentos sociais, convém que realizemos uma breve incursão no citado modelo clássico, bem como as interfaces com o modelo contemporâneo.

Enquanto no clássico modelo havia formas relativamente homogêneas de ação coletiva estabelecidas pela condição de "assalariado" ou de "proprietário dos meios de produção", os movimentos sociais atuais são caracterizados por formas mais heterogêneas e difusas de arregimentação e ação, não baseadas, ao menos diretamente, em torno das elencadas variáveis (FARIA, 1991, p. 11).

Outro aspecto a se considerar é que, enquanto os valores do clássico paradigma de ação dos movimentos sociais estavam baseados na liberdade e no progresso material, os movimentos sociais contemporâneos costumam ser estruturados tendo em vista os direitos humanos, formas não alienadas de trabalho, pacifismo, feminismo, ecologia e luta contra o racismo. Aos referidos conteúdos, acrescentamos igualdade e liberdade materiais, formas democráticas de participação no processo decisório estatal, limitações à intervenção estatal no campo das liberdades individuais, identidade de gênero, combate à corrupção e reações às medidas de exceção e ao autoritarismo líquido nas democracias contemporâneas.

3. Características

Conforme antecipado, os movimentos sociais são uma instituição social diretamente relacionada à própria noção de democracia na medida em que referidas organizações heterogêneas são constituídas fora dos mecanismos representativos tradicionais, representando, inclusive, legítima contraposição às estruturas que lhe fundamentam (FARIA, 1991, p. 11).

Mesmo a partir do modelo clássico de movimentos sociais, já se identifica como uma de suas características mais essenciais a ruptura do monopólio do "espaço político representativo tradicional", o "alargamento do espaço público" e a "proliferação de espaços políticos novos e não institucionalizados pela crescente politização da vida social" (FARIA, 1991, p. 11).

Com efeito, os movimentos sociais são caracterizados pela rejeição às relações hierárquicas impostas pelo *status quo,* a demandar, inclusive,

> "estratégias inéditas de articulação, mobilização e socialização dos grupos e classes subalternas nos espaços coletivos da vida cotidiana – e quase sempre fora dos marcos institucionais estabelecidos pela Constituição." (FARIA, 1991, p. 12)

Tendo em vista, inclusive, "valores comunitários de forte conotação ideológica e um certo conteúdo utópico", a valorização do espaço privado em contraposição ao *locus* público da "política institucional", tende a viabilizar um processo político "pluridimensional" e "pluritemporal", assim entendido como, nas palavras de José Eduardo Faria, informado por forças heterogêneas e, ainda, "atravessado por diacronias profundas entre discursos e práticas e não mais facilmente enquadrável pelas formas e categorias do constitucionalismo liberal clássico" (FARIA, 1991, p. 13).

A ausência de procedimentos formalizados para fins de resolução de conflitos internos, gerando a necessidade de consenso, conduz ao chamado "novo paradigma da análise política" (FARIA, 1991, p. 12), consoante expressão de *Claus Offe* citada pelo já citado autor José Eduardo Faria.

Com relação ao modo de atuação dos movimentos sociais, em substituição à intermediação corporativista capitaneada pelos partidos políticos, sua atuação ocorre por meio da "política de protesto embasada em exigências formuladas em termos predominantemente negativos ou confrontacionais" (FARIA, 1991, p. 14).

Veja-se, portanto, que é inerente aos movimentos sociais a adoção de mecanismos de atuação e de posicionamento institucional que escapam aos modelos tradicionais e formais de formulação de pretensões perante e em face do Estado.

Em outras palavras, ainda que, inegavelmente, o direito constitucional de petição aos Poderes Públicos, consubstanciado nos incisos XXXIV, alínea "a", e LV do art. 5º da Constituição da República, represente um dos pressupostos do próprio Estado de Direito, não se pode impor aos movimentos sociais o preenchimento de requisitos jurídicos formais de composição e funcionamento, bem como limitar sua atuação aos mecanismos jurídicos formais –administrativos e judiciais – de formulação de pretensões.

A título exemplificativo, destaque-se que, recentemente, o ouvidor agrário nacional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) expediu Memorando-Circular para orientar agentes públicos do órgão a não receberem instituições ou representantes "que não possuam personalidade

jurídica". Referida exigência, além de constituir-se em formalismo exacerbado, revela-se em inconstitucional restrição à atuação dos movimentos sociais, os quais se caracterizam, em essência, não só por estratégias informais de articulação como também de interface institucional.

4. Constitucionalismo e o fortalecimento dos mecanismos contramajoritários de participação popular

O esgotamento do paradigma da lei em sentido estrito como única "tecnologia disciplinar", "tecnologia coercitiva do comportamento" (FOUCAULT, 2000, p. 300), na expressão de Michel Foucault, abriu caminho para o surgimento do Estado constitucional de direito (TAVARES, 2005, p. 42), o qual propôs, dentre outros relevantes aspectos, a instituição de mecanismos contramajoritários. Nesse contexto, "exsurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição de parametricidade formal" (STRECK, 2004, p. 103) das espécies normativas inferiores, conforme destaca Lenio Luiz Streck.

Em outras palavras, o surgimento de um Estado constitucional implicou no rompimento de um modelo baseado na "democracia radical" (TAVARES, 2005, p. 44), informado pela vontade majoritária, para um modelo baseado no pluralismo e no consenso. Por essa razão, a função legislativa do Estado passou a acolher outros predicados (TAVARES, 2005, p. 44), consoante destaca André Ramos Tavares.

Veja-se, portanto, que o debate sobre o papel da Constituição deve assumir um aspecto político, assim entendido como aquele relativo à própria *polis,* compreendendo, inclusive, princípios de legitimação do poder e a legítima contraposição a ele. Nesse contexto, pontua Gilberto Bercovici, recordando Konrad Hesse, que a discussão do papel da Constituição deve ser ampliada para abranger toda a sociedade e não só o Estado no sentido estrito (BERCOVICI, 2004, p. 9).

Com efeito, Rudolf Smend, citado por Gilberto Bercovici, tinha por Constituição a ordenação jurídica estatal, a dinâmica por meio e na qual o Estado se desenvolve e se reestrutura permanentemente (BERCOVICI, 2004, p. 9). Assim considerando, o constitucionalismo, ao versar não apenas sobre aspectos estruturais do próprio poder do Estado, incorporou, no que tange ao objeto precípuo do presente estudo, mecanismos contramajoritários de participação popular que fomentaram o desenvolvimento dos movimentos sociais.

5. O direito de resistência

Muito[2] se discute atualmente, o que talvez se explique pela ascensão de governos autoritários em várias partes do mundo, o direito de resistência, ou seja, o direito da cidadania de resistir à violência do Estado, ameaçando não só sua sobrevivência, mas qualquer um de seus direitos fundamentais ou humanos.

O direito de resistência esteve presente em todo o percurso da história humana, mas a origem da expressão remonta ao surgimento do liberalismo político e à influência do protestantismo, especialmente do calvinismo huguenote, para o seu desenvolvimento, consoante tese defendida por Silvio Gabriel Serrano Nunes ao apontar as relações entre o constitucionalismo calvinista e o direito de resistência (NUNES, 2017, p. 18).

Como é sabido, os calvinistas franceses estabeleceram, a partir de sua visão religiosa, uma perspectiva cristã da ordem política. O período que antecedeu o surgimento do liberalismo político propriamente dito, cujas ideias inaugurais convencionalmente são atribuídas a John Locke, foi um momento de intensas guerras religiosas, no qual os huguenotes tiveram importância central.

Esses protestantes, duramente perseguidos pelo governo católico, disputaram o poder e formularam ideias políticas muito conectadas aos seus interesses, graças às quais começou a florescer um primeiro conceito de Constituição na modernidade por meio do processo de secularização do conceito de indivíduo, que deixou o terreno teológico e migrou para o campo jurídico e político.

Para os huguenotes, o homem era titular de um conjunto de direitos essenciais, advindos da natureza, de Deus, como os direitos à liberdade de expressão, consciência religiosa e à prosperidade. Esses direitos deveriam ser reconhecidos por meio de um pacto social, que depois evoluiu para a ideia de contrato social, fundamental para retirar o ser humano de seu estado de selvageria.

No plano político, esse pensamento se traduziu no entendimento de que o contrato social antecede o governante, ou seja, os direitos são reconhecidos de antemão e o governante é instituído para garanti-los, assegurar o pacto social ratificador dos direitos naturais outorgados por Deus ao homem. Daí a noção primeva de Constituição, em sua acepção política e moral.

2. Os estudos relativos ao direito de resistência a seguir apresentados foram originalmente publicados, e em parte, na revista Carta Capital de 12 de fevereiro de 2020. Ademais, referidos estudos decorrem, em parte, de pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, e que ensejaram a publicação do livro intitulado "Autoritarismo e golpes na América Latina" pela editora Alameda.

A ideia de que os direitos individuais precedem o governante é estrutural quando se fala em Direito, desde os séculos XVI e XVII, antes mesmo das revoluções francesa, inglesa e americana, logo, anterior ao Estado de Direito como uma ocorrência real. Dessa concepção deriva justamente a ideia de resistência, ou seja, de que, quando o governante, ao exercer o poder político, deixa de considerar esses direitos, os ultrapassa, os vulnera, torna-se um tirano que pode ser destituído pela comunidade até de forma violenta, se necessário.

Nesse contexto se constitui o que para os calvinistas seria um direito fundamental da humanidade: o direito de resistir à tirania. Eles propuseram, inclusive, como ideia inicial do direito de resistência, algo semelhante ao instrumento do *impeachment* na contemporaneidade, que possibilitava aos magistrados, figuras que equivalem ao legislador atual, reagir à tirania, retirando o soberano do poder. Quem depois consolida a ideia de direito de resistência, bastante influenciado pelos huguenotes, é John Locke.

O pensador dedica boa parte de seu *Segundo Tratado* sobre o governo civil a defender a ideia de direito de resistência. Partindo do mesmo conceito dos huguenotes de que o tirano é aquele que não observa os direitos naturais, ele formula que o direito de reação à tirania deve ser proporcional à intensidade da tirania, o que pode consistir em desobediência civil pacífica ou até mesmo em reações violentas, como tiranicídio, ou seja, a eliminação do tirano, e a revolução – aqui não no sentido estabelecido por Karl Marx, de instauração do novo, mas de restauração dos direitos suprimidos ou não observados. Locke, portanto, legitima o uso de violência como forma de reação quando esta se mostrar proporcional à intensidade da tirania.

Assim como Thomas Hobbes, John Locke parte do estado de natureza e do contrato social, mas, dando-lhes feição nova, procura chegar a uma limitação humana do poder, através do direito de insurreição dos súditos e da distinção dos poderes Legislativo e Executivo. Em caso de conflito, prevalece a soberania da comunidade social.

John Locke inspira, assim, o Parlamento inglês, que perdura desde 1695. Veio dele uma das primeiras versões do "eu" com capacidade de escolha. Segundo o pensador, o governo legítimo deve se basear no consentimento e explica a razão:

> "porque somos livres e independentes, e não estamos sujeitos à autoridade paternal ou ao direito divino dos reis. Uma vez que somos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de um Estado e sujeito ao poder político de outro, sem o seu consentimento."

As ideias desenvolvidas por John Locke corporificaram-se na prática política. O pensador inglês pregava o antiabsolutismo, a contenção e a limitação da autoridade pelo consentimento do povo e pelo direito natural, a eliminação, afinal, do risco da prepotência e do arbítrio.

O Estado de direito nasce umbilicalmente ligada a duas ideias fundamentais no plano da filosofia política: a de pessoa e a da possibilidade de resistência quando o poder soberano se sobrepuser aos direitos reconhecidos dos indivíduos. Portanto, aqueles que defendem o Estado de direito devem defender também o direito dos movimentos sociais da minoria de resistirem, se necessário, até com o uso da violência, toda vez que seus direitos fundamentais de humanidade lhes forem retirados pelo poder político.

Analisando o direito de resistência, Pedro Rosa Ferro discute a razão de Estado e a responsabilidade do indivíduo perante a consciência. Segundo o autor, a matéria requer certa prudência no trato específico. Entende que mesmo perante uma lei injusta deve-se considerar que a estabilidade do sistema legal já é um elemento positivo do bem comum, que se veria comprometido se todos condicionassem a sua obediência civil a escrúpulos pessoais (FERRO, 2012, p. 205).

Ressalta o autor que não pode haver um direito geral que exerça qualquer modalidade de objeção ou resistência de consciência. Por outro lado, argumenta que o debate sobre as convicções em que se baseia a objeção é problemático, porque nas sociedades democráticas não há mecanismo capaz de valorizar a posição de consciência face à opinião da maioria. Assim, do ponto de vista do Estado, o peso da avaliação das diferentes objeções recairá – em termos politicamente legítimos – não sobre os seus motivos ou fundamentos, mas sobre a natureza e alcance dos deveres legais que se pretende legitimar (FERRO, 2012, p. 205).

O direito à resistência pode ser visto como um direito estrutural, pois não há sistema efetivo de garantia de direitos humanos e de direitos fundamentais sem que, implicitamente ou explicitamente, se reconheça a legitimidade do direito à resistência.

Marcia Garcia aponta que, mesmo não estando expressamente prevista na Constituição, a desobediência civil deflui do regime e dos princípios nela adotados, especialmente no que expressa o art. 5º, § 2º (GARCIA, 2004, p. 5). Sinteticamente, pode-se dizer que o direito de resistência nada mais é do que a legítima defesa no plano político. Trata-se do exercício de um direito humano e fundamental ao reagir ao ataque do outro e resistir a uma violência estatal injusta.

Especificamente com relação ao objeto precípuo do presente estudo, destaque-se que é inerente aos movimentos sociais a "política de protesto", bem como

mecanismos de atuação e de posicionamento institucional, inclusive fundamentados no direito de resistência, que escapam aos modelos tradicionais e formais de formulação de pretensões perante e em face do Estado.

6. Sociedade civil enquanto elemento estrutural do Estado

Para José Eduardo Faria, os movimentos sociais decorrem, dentre outras perspectivas de análise possíveis, da apropriação política e discursiva relativa direitos humanos, permitindo, inclusive, "redefinir as relações da sociedade com o Estado", o que ensejou a redescoberta do sistema social como o "lugar da política" (FARIA, 1991, p. 14).

Do mesmo modo, a emergência dos movimentos sociais decorre, na perspectiva socioeconômica, da "crise de hegemonia dos setores dominantes" (FARIA, 1991, p. 17). No plano político, eles decorrem da crise de legitimação do regime representativo. Por fim, no plano jurídico-institucional, trata-se de uma decorrência da crise da "matriz organizacional do Estado" (FARIA, 1991, p. 17), consoante conclusões de José Eduardo Faria.

A crise da matriz organizacional do Estado está relacionada à incompetência em lidar com o "processo de industrialização tão complexo quanto contraditório" (FARIA, 1991, p. 20), o qual "afetou profundamente as estruturas socioeconômicas do país, gerando acentuadas desigualdades setoriais e regionais em seu interior (...)" (FARIA, 1991, p. 20). Ademais, referida crise converteu-se em "ampla e desarticulada arena de conflitos sociais" (FARIA, 1991, p. 20), os quais foram cada vez menos absorvidos pelos canais tradicionais de representação política e pelos mecanismos judiciais em vigor" (FARIA, 1991, p. 20). Referidos conflitos sociais exigiram "soluções institucionais inovadoras e criativas" (FARIA, 1991, p. 20).

Outro aspecto a se considerar, além das referidas constatações de José Eduardo Faria, é com relação ao dualismo Estado *versus* sociedade civil é. Para Andrew Gamble, o Estado é uma realidade construída quando comparada com a sociedade civil (GAMBLE, 1982, p. 56). Já Boaventura de Sousa Santos, a sociedade civil é "concebida como o domínio da vida econômica, das relações sociais espontâneas orientadas pelos interesses privados e particularísticos" (SANTOS, 1994, p. 117). De todo modo, é inegável que a sociedade civil é, na perspectiva da presente análise, um elemento estrutural do Estado.

Não há uma definição unívoca para o conceito de movimento social a partir das teorias clássicas (CAMPILONGO, 2012, p. 13). De todo modo, pode-se identificar determinados elementos constantes das definições, dentre os quais se

destacam a constatações de que os movimentos sociais refletem, inclusive, uma reação "do sujeito contra o sistema 'global' de dominação" (CAMPILONGO, 2012, p. 14), consoante destaca Celso Fernandes Campilongo.

Além do mais, a defesa da eficácia plena dos direitos fundamentais está diretamente relacionada à atuação dos movimentos sociais:

> "as liberdades se transformam em grilhões: sustentam novos fascismos, sucumbe ao poder econômico, autorizam a devassa da vida social e bloqueiam a tomada de decisões coletivas. O reconhecimento das liberdades não é acompanhado por seu gozo." (CAMPILONGO, 2012, p. 14)

O já citado Celso Fernandes Campilongo, tratando sobre a por ele chamada multiplicidade de âmbitos de atuação na contemporaneidade, preceitua que questões até então circunscritas ao plano das interações interpessoais, impõem, agora, "organizações especializadas em tomar decisões" e, ainda, "sistemas específicos de comunicação", os quais "tornam-se alvos de protestos dos movimentos sociais" (CAMPILONGO, 2012, p. 14-15).

Prosseguindo, o mesmo autor destaca que os movimentos sociais podem ser categorizados de acordo com a amplitude do campo de atuação. Assim, temos movimentos sociais: (a) contra a sociedade como um todo; (b) que enfrentam conflitos específicos entre sistemas parciais; (c) que se valem de um ou mais sistemas parciais para pleitear adequações em outros sistemas; e, por fim, (d) aqueles que se valem de um sistema específico para questionar o próprio sistema parcial.

Veja-se que o autor, à luz da teoria luhmanniana dos sistemas e, consequentemente, partindo do pressuposto de que a sociedade está exposta a uma elevada variabilidade, salienta que as mudanças impõem "dinamismo e velocidade ao processo decisório" (CAMPILONGO, 2012, p. 15). Por essa razão, constata que os movimentos sociais são "produzidos e produtores" de variabilidade. Em outras palavras, as possibilidades de comunicação tendem a ser maiores que a capacidade de "processamento, seleção e implementação" pela sociedade. Consequentemente, as alternativas rejeitadas são objeto de "protesto" pelos movimentos sociais (CAMPILONGO, 2012, p. 14).

É nesse contexto que os movimentos sociais representam uma antítese ao desenvolvimento imperfeito do Estado de direito, ao Estado de exceção, ao autoritarismo líquido nas democracias contemporâneas. Por essa razão, as tentativas criminalização dos movimentos sociais representam uma reação do próprio Estado autoritário aos legítimos mecanismos de reação da sociedade.

7. Considerações finais: a criminalização dos movimentos sociais

Clément Nyaletsossi Voule, relator especial das Nações Unidas sobre Liberdade de Associação e Reunião Pacífica, apontou, em entrevista concedida em 10.08.2018[3], que os governos estão utilizando de uma série de mecanismos rechaçados pelos padrões internacionais para coibir ações dos movimentos sociais, tais como aplicação desigual e seletiva de leis, uso excessivo da força policial, a estigmatização de lideranças e o uso da *Internet* para fins de controle.

Em linhas gerais, o relator apontou determinadas tendências mundiais de repressão aos movimentos sociais, quais sejam: (a) uso de mecanismos legais para suprimir o exercício legítimo da liberdade de associação e reunião pacífica; (b) criminalização, bem como o uso indiscriminado da força; (c) estigmatização e ataque contra líderes; (d) restrições voltadas a grupos específicos minoritários; (e) limitação de direitos durante o período eleitoral; (f) impacto negativo do crescente avanço do populismo e do extremismo; e, ainda, (g) utilização do espaço virtual para fins de controle.

Especificamente com relação ao uso de mecanismos legais para suprimir o exercício legítimo da liberdade de associação e reunião pacífica, destaque-se a utilização do Direito penal e mesmo da Lei 12.850/2013, relativa às organizações criminosas, para criminalizar ações de integrantes de movimentos sociais, inclusive de suas lideranças, com vistas a inibir a legítima atuação. Assim, atos inquestionavelmente insertos no campo de atuação legítima dos movimentos sociais são enquadrados, indevidamente, como relativos a, exemplificativamente, crimes como invasão de domicílio, dano ao patrimônio público, furto, roubo e mesmo associação criminosa, isso tudo com vistas à desmobilização dos movimentos sociais e, em especial, neutralização de seus líderes.

O Projeto de Lei 9.604/2018, atualmente em trâmite, objetiva alterar a Lei 13.260/2016, que regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição da República. Referida espécie normativa trata dos procedimentos investigatórios e processuais relativos aos atos de terrorismo. A proposição legislativa visa considerar ato de terrorismo

> "o abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissimular a natureza dos atos de terrorismo, como os que envolvem a ocupação

3. VOULE, Clément Nyaletsossi. *Judiciário virou ferramenta para reprimir quem não tem voz, diz relator da ONU sobre protestos*. Disponível em: [www.conectas.org/noticias/judiciario-virou-ferramenta-para-reprimir-quem-nao-tem-voz-diz-relator-da-onu-sobre-protestos]. Acesso em: 17.02.2020.

> de imóveis urbanos ou rurais, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado."

A proposta de alteração legislativa foi apensada ao Projeto de Lei 5.065/2016, o qual pretende, dentre outras providências, revogar o § 2º, do art. 2º, da Lei 12.260/2016, dispositivo atualmente vigente que exclui do enquadramento como ato de terrorismo a conduta, seja ela individual ou coletiva, em manifestações políticas em geral e em movimentos sociais.

Destaque-se, ademais, o já vigente Decreto do Estado de São Paulo 64.074/2019, o qual, a pretexto de regulamentar a Lei 15.556/2014, é materialmente inconstitucional ao impor não só o aviso prévio para exercício do direito de reunião, mas também exigir que a comunicação contenha elementos tais como a "natureza do evento" (art. 2º, parágrafo único, "1") e, ainda, exigir, em havendo deslocamento, a observância ao itinerário previamente definido com a Polícia Militar (art. 3º, parágrafo único).

Por fim, conforme antecipado, o ouvidor agrário nacional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) expediu memorando-circular para orientar agentes públicos do órgão a não receberem entidades ou representantes "que não possuam personalidade jurídica".

Tais iniciativas ferem as próprias noções de democracia, Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana e, ainda, aos direitos fundamentais de reunião, liberdade de associação, de expressão e manifestação do pensamento. Adicionalmente, tais medidas destinam-se a inibir um legítimo mecanismo contramajoritário de participação popular que se fundamenta, inclusive, no direito de resistência.

No plano internacional, na contramão das pretensões criminalizatórias nacionais, o Terceiro Comitê da Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução A/C.3/73/L.30, editou a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses e outras pessoas que trabalham em áreas rurais. Referida Declaração fundamenta-se nos princípios da Carta das Nações Unidas que proclamam que liberdade, justiça e paz no mundo se baseiam no reconhecimento da dignidade e na igualdade de direitos.

Destaque-se, incialmente, que a Declaração não incide não apenas para aqueles que se dedicam, individualmente, em associação ou comunidade, à produção agrícola em pequena escala para subsistência ou comércio, mas também a todas as pessoas envolvidas na cadeia da agricultura artesanal ou em pequena escala. Do mesmo modo, a Declaração também se aplica aos povos indígenas e às comunidades locais que trabalham na terra.

Os Estados devem respeitar, proteger e fazer cumprir os direitos, bem como adotar, com celeridade, medidas, inclusive legislativas e administrativas, com vistas a alcançar, progressivamente, a plena eficácia dos direitos previstos na Declaração. Qualquer medida deve, necessariamente, preceder de consulta aos interessados, bem como às instituições representativas, isso com vistas a garantir participação ativa, livre e eficaz no processo decisório.

Reconhecendo que a cooperação internacional pode fornecer um apoio importante na implementação da Declaração, prevê-se que os Estados devem adotar medidas bilaterais e multilaterais, inclusive em parceria com organizações internacionais, regionais e com a sociedade civil, especialmente com organizações de agricultores.

A participação social, inclusive por meio de movimentos sociais, também é estimulada especialmente quando o Estado pretender adotar medidas relativas à exploração dos recursos naturais tradicionalmente utilizados pelos camponeses e congêneres, hipóteses em que a exploração só poderá ocorrer se, no mínimo, forem adotadas as seguintes providências: (a) avaliação do impacto social e ambiental; (b) realização de consultas às comunidades afetadas; e, por fim, (c) houver distribuição dos benefícios da exploração de maneira justa e equitativa entre aqueles que exploram recursos naturais, camponeses e congêneres.

Dentre os direitos assegurados pela Declaração, eles incluem, dentre outros: (a) direito à vida, à integridade física e mental, à liberdade e à segurança; (b) direito à associação e reunião pacífica, bem como o direito de participar, individual e coletivamente, em associação com outras pessoas ou em comunidade, de atividades pacíficas contra violações dos direitos humanos e liberdades fundamentais; (c) direito à liberdade de pensamento, opinião e expressão, oralmente, por escrito ou de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua escolha, nos níveis local, regional, nacional e internacional; (d) direito à constituição de organizações, sindicatos, cooperativas ou qualquer outra organização ou associação de sua escolha, as quais não poderão estar sujeitas a nenhum tipo de interferência, coerção ou repressão; (e) direito à participação ativa e livre, diretamente ou através de organizações representativas, na preparação e implementação de políticas, programas e projetos; (f) vedação à detenção arbitrária, tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, à escravidão e à servidão; (h) participação, em igualdade de condições e efetividade, na formulação e execução de planos de desenvolvimento; (i) participação nas atividades comunitárias; e, ainda, (j) proteção contra todas as formas de violência.

Em suma, a Declaração, ao prever, com elevada precisão e detalhamento, os direitos humanos dos camponeses, bem como daqueles que provêm a subsistên-

cia no campo, reconheceu, dentre outros aspectos, ser essencial à eficácia plena dos direitos ali previstos a sua proteção e tutela através de movimentos sociais.

Conforme antecipado, os movimentos sociais representam uma antítese ao desenvolvimento imperfeito do Estado de direito, bem como às medidas de exceção e ao autoritarismo líquido nas democracias contemporâneas. Por essa razão, as tentativas criminalização dos movimentos sociais representam uma reação do próprio Estado autoritário aos legítimos mecanismos de reação da sociedade.

Os movimentos sociais são uma "instituição social" diretamente relacionada às noções de democracia, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana e, ainda, aos direitos fundamentais de reunião, liberdade de associação, de expressão e manifestação do pensamento. Por essa razão, os movimentos sociais impõem especial proteção do Estado.

O enfraquecimento dos mecanismos majoritários e das instituições estatais e a diversidade dos legítimos interesses sociais acarretaram a emergência dos movimentos sociais, bem como de formas difusas e contramajoritárias de ação. Os movimentos sociais não se enquadram nos clássicos padrões de dedução de pretensões perante face ao Estado. Ao contrário, fundamentam-se, inclusive, no legítimo direito de resistência, que impõe estratégias inovadoras de mobilização.

Assim considerando, as pretensões de alteração legislativa em curso no Brasil tendentes à criminalização dos movimentos sociais, especialmente a equiparar legítimas ações fundamentadas no direito de resistência a atos de terrorismo, são materialmente inconstitucionais e contrariam, ainda, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Camponeses, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ("Pacto de San José da Costa Rica") e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, p. 5-24, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito:* os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Ed. RT, 1991.

FERRO, Pedro Rosa. *Democracia liberal:* a política, o justo e o bem. Prefácio de João Carlos Espada. Coimbra: Almedina, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar e castigar (nacimento de la prisión)*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2000.

GAMBLE, Andrew. *An introduction to modern social and political thought*. Londres: MacMillan, 1982.

GARCIA, Marcia. *Desobediência civil*: direito fundamental. São Paulo: Ed. RT, 2004.

NUNES, Silvio Gabriel Serrano. As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze. Tese apresentada ao Departamento de Filosofia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. Portugal: Afrontamento, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. *Why societies need dissent?* Cambridge: Harvard University, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação dos direitos e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus Jurídico, 2012.

VOULE, Clément Nyaletsossi. *Judiciário virou ferramenta para reprimir quem não tem voz, diz relator da ONU sobre protestos*. Disponível em: [www.conectas.org/noticias/judiciario-virou-ferramenta-para-reprimir-quem-nao-tem-voz-diz-relator-da-onu-sobre-protestos]. Acesso em: 17.02.2020.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Aspectos contemporâneos da criminalização dos movimentos sociais no Brasil, de Geraldo Prado, Antonio Pedro Melchior, Carlos Eduardo Martins, Amanda Moreira da Silva, Ana Casarin, Gisela Baer, Letícia Sampaio, Roberta Miranda, Thais Mota Lima Valle e Rafael Serra – *RBCCrim* 112/245-259 (DTR\2015\1983).

Tráfico internacional de pessoas e corrupção: uma simbiose invisível

International trafficking in human beings and corruption: an invisible symbiosis

Priscilla Brito Silva Vieira

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub).
Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6241-0695
priscillavieira@gmail.com

Bruno Amaral Machado

Pós-Doutorado em Sociologia (UnB – Jonh Jay). Doutor em Direito (especialidade Sociologia Jurídico-penal pela Universidade de Barcelona). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas (Uniceub). Promotor de Justiça (MPDFT).
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7425-7066
brunoamachado@hotmail.com

Recebido em: 18.12.2019
Aprovado em: 08.03.2020
Última versão dos autores: 18.04.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional.

Resumo: O presente trabalho busca avaliar a relação existente entre as políticas de enfrentamento ao tráfico internacional de seres humanos e percepção de corrupção, replicando metodologia utilizada por Corbin Lyday, em 2001, a fim de verificar a evolução do resultado ao longo de quinze anos (2001-2015). O estudo orienta-se pelo seguinte problema: a partir dos dados oficiais, é possível inferir que existe correlação entre tráfico de pessoas e corrupção? Para isso, foram usados relatórios sobre tráfico de pessoas elaborados pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos e pela pesquisadora Seo-Young Cho, ligada à

Abstract: This article aims to evaluate the relation between policies against international trafficking in human beings and the level of corruption perception, replicating the methodology presented by Corbin Lyday, in 2001, in order to verify the evolution of the results along fifteen years (from 2001 to 2015). The study is mainly guided by the following problem: is it possible to infer from official data that there is correlation between trafficking in persons and corruption? With this purpose, it was used data on human trafficking from United States of America State Department and from the report elaborated by Seo-Young Cho,

Universidade de Marburg – Alemanha. Sobre corrupção, foram utilizados os relatórios da organização não governamental *International Transparency*, e relatório elaborado pelos pesquisadores Daniel Kaufmann e Aart Kraay, no âmbito do projeto *Worldwide Governance Indicators* – WGI. A partir dessa metodologia, revisou-se a literatura sobre a influência da atuação de agentes corruptos no tráfico internacional de pessoas, em particular estudos empíricos e estatísticos. A literatura sobre o tema e a análise dos dados realizada no presente estudo sugerem que existe relação significativamente relevante entre o nível de corrupção percebida em cada país e a avaliação do esforço realizado no controle do tráfico de seres humanos.

Palavras-chave: Tráfico internacional de seres humanos – Corrupção – Direito internacional – Correlação estatística – Crime organizado transnacional.

researcher at the University of Marburg, Germany. On corruption, it was used data collected by the non-governmental organization *International Transparency* and the reports prepared by the researchers Daniel Kaufmann and Aart Kraay, as part of the *Worldwide Governance Indicators* (WGI) project. Based on this methodology, studies on the participation of corrupt agents in international traffic in human beings was revisited, in particular empirical and statistical approaches. Both studies on the subject and data analysis performed in the present study indicate significant correlation between the perception of corruption in each country and the evaluation of the effort made to control human trafficking.

Keywords: International trafficking in human beings – Corruption – International law – Statistical correlation –Transnational organized crime.

Sumário: Introdução. 1. Corrupção como fator de risco do tráfico de seres humanos: o que diz a literatura?. 2. Cruzando os dados: tráfico de seres humanos x corrupção. 2.1. Metodologia. 2.2. TSH: *Trafficking in Persons Report (TIP).* 2.3. TSH: *3P Index.* 2.4. COR: *Corruption Perceptions Index (CPI).* 2.5. COR: *Control of Corruption (CCOR).* 2.6. Cruzando os dados: TSH X COR. Conclusão: o que sugerem os números?. Referências.

Introdução

O[1] tráfico internacional de pessoas e a corrupção são temas que despertam o interesse de pesquisadores e de gestores públicos e que, no entanto, ainda são pouco vistos como atividades interrelacionadas e que propiciam benefícios recíprocos aos agentes envolvidos. Nos últimos anos, pesquisadores, organizações internacionais e instituições não governamentais passaram a destacar a importância de se investigar e identificar as práticas dos agentes corruptos que

1. Agradecimentos: A Seção 2 do presente artigo contou com a colaboração de Gustavo Machado de Freitas, mestre pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA, para inserir os dados levantados na Plataforma RStudio - Linguagem estatística R, versão 1.0.44, criar o script de teste de correlação entre as variáveis e criar os gráficos com a evolução agregada das correções no período definido.

concorrem para o tráfico de pessoas, muito embora apenas recentemente a questão venha ocupando a atenção da comunidade internacional. Ademais, estudos conduzidos a partir de modelos estatísticos e que buscam revelar os fatores de risco relacionados ao tráfico de pessoas sugerem evidências de que há correlação entre o tráfico de seres humanos e corrupção[2] (GAATW, 2000; SAVONA & STEFANIZZI (Eds.), 2001; LYDAY, 2001; BALES, 2007; UN.GIFT, 2008; GALLAGHER, 2010; KENDALL, 2011; CHO, 2012 e 2015; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013; OECD, 2016).

Ao se avaliar mais detidamente a questão, surgem algumas hipóteses relacionadas ao papel da corrupção para ampliar a vulnerabilidade das vítimas que estão ligadas a problemas estruturais da sociedade, como a pobreza, o nível de renda e de escolaridade, a violência, o conflito armado e as violações de direitos humanos. Ao mesmo tempo, algumas características próprias do tráfico de seres humanos ampliam o problema a ser enfrentado pelos Estados, como a complexidade da conduta criminosa realizada por grupos organizados em redes transnacionais, as múltiplas variáveis causais e a invisibilidade da exploração das vítimas.

É importante apontar, todavia, algumas limitações da pesquisa nesse campo. A mensuração do tráfico e a eventual participação de agentes públicos restringem-se aos casos registrados e que chegam ao sistema de justiça. Além disso, embora alguns casos entrem no fluxo do sistema de justiça,

> "os dados relativos ao tráfico de seres humanos e à imigração são muitas vezes o resultado de práticas administrativas de vários organismos nacionais e internacionais que, respondendo a políticas precisas sobre migração, definem e restringem as estatísticas acessíveis sobre o fenômeno (SAVONA & STEFANIZZI, 2001, p. 3)."

Assim, argumenta-se que a estatística oficial sobre o tráfico de seres humanos não reflete a criminalidade real; ao contrário, desvela pequena amostra que é selecionada e passa pelos filtros do sistema de justiça e de proteção às vítimas (KANGASPUNTA, 2001, p. 29).

Estudos sustentam que esforços de cooperação internacional e alinhamento interinstitucional são imperativos para a construção de estatísticas mais confiáveis sobre o tráfico de seres humanos. A produção de registros oficiais dessas práticas ilícitas pode revelar o perfil das vítimas e os padrões da conduta criminosa,

2. Em especial os estudos publicados por Corbin B. Lyday, Kevin Bales e Seo-Young Cho apresentados ao longo deste trabalho.

auxiliando na formulação de políticas públicas mais adequadas ao enfrentamento ao tráfico. Além disso, conhecer os fatores de risco relacionados ao tráfico, como a corrupção, as políticas migratórias, o crime organizado, o nível de renda e a feminização da pobreza pode ampliar a compreensão sobre os contextos em que ocorrem essas práticas e as respostas mais ajustadas ao perfil dos atores envolvidos (Di NICOLA & CAUDURO, 2001, p. 92-93).

Ademais, a literatura sobre o tema e alguns casos coletados indicam que a ingerência de agentes públicos corruptos está presente em diferentes fases do tráfico de pessoas, como no uso de influência política para emissão de vistos; no controle de imigração que ignora documentos falsificados ou situações suspeitas; no transporte de vítimas; no uso do cargo e do acesso a informações privilegiadas para prevenir ações contra empreendimentos que exploram vítimas do tráfico e para mantê-las em constante estado de temor, subjugadas aos seus exploradores; chegando aos agentes do sistema judiciário que, excedendo as competências que lhe são atribuídas, atuam para descontinuar processos de investigação contra criminosos. Acredita-se também que a atuação dos agentes corruptos seria utilizada para inviabilizar o tráfico de pessoas e para impedir que os traficantes fossem identificados e responsabilizados. Organismos internacionais e organizações não governamentais são mais incisivos ao afirmar que, sem a corrupção, algumas condutas do tráfico seriam quase impossíveis (OECD, 2016, p. 33).

Em que pesem essas limitações e deficiências na produção de dados sobre o tráfico de pessoas, acredita-se que apenas com o incremento das pesquisas na área será possível adensar o conhecimento sobre os fatores de risco relacionados ao tráfico de pessoas, bem como sobre as condições que possibilitam a atuação seletiva das organizações do sistema de justiça envolvidas na persecução penal dessas práticas. Críticas recentes ao fetichismo pelos números não desqualificam as metodologias quantitativas. Estas não devem ser tomadas como a materialização da obsessão nomotética por leis gerais (YOUNG, 2011). Constituem-se em instrumentos úteis para estudos exploratórios que pretendam explicitar possíveis correlações entre variáveis ou sugerir fatores de risco. E podem aprofundar o terreno e definir parâmetros para pesquisas qualitativas. As ferramentas estatísticas utilizadas para a construção de modelos de demonstração da correlação entre tráfico de seres humanos e corrupção podem contribuir também para a compreensão do primeiro problema, instigando pesquisadores e gestores públicos que atuam nas políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas.

O objetivo do presente trabalho é verificar a relação existente entre as políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas e o nível percebido de corrupção dos diversos países do mundo, replicando a metodologia utilizada por Corbin Lyday,

em 2001, a fim de verificar a evolução do resultado obtido ao longo de quinze anos. A partir dessa metodologia, revisou-se a literatura sobre a influência da corrupção no tráfico internacional de seres humanos, em particular estudos empíricos e estatísticos sobre o tema. A fim de replicar a metodologia proposta à série histórica disponível, foram coletados os dados disponíveis entre 2001 e 2015 dos dois índices utilizados no estudo de Lyday – o *Trafficking in Persons Report* – TIP e o Índice de Percepção da Corrupção – CPI. Adicionalmente, visando ampliar o escopo de análise do estudo inicialmente realizado por aquela autora, dois outros índices – o *3P Index*, para o tráfico de seres humanos, e o índice de Controle da Corrupção – CCOR, que mede a percepção de corrupção de cada país –, foram selecionados e coletados de forma a convalidar os resultados obtidos na primeira parte da análise. Ao final, os quatro índices selecionados foram cruzados, dois a dois, a fim de verificar a relação existente entre a percepção de corrupção e a política de enfrentamento ao tráfico de seres humanos do agregado de países ao longo dos 15 anos. Os relatórios CPI e TIP foram usados como referência principal da análise, assim como o estudo de Lyday. Os outros relatórios foram utilizados como instrumentos de checagem dos resultados, a fim de oferecer maior robustez para as conclusões do estudo e para reduzir o viés dos relatórios produzidos pelo Departamento de Estado norte-americano e pela *Transparency International*.

Os objetivos específicos da presente análise são: 1) identificar relatórios estatísticos sobre tráfico de pessoas e corrupção; 2) mapear as pesquisas existentes e apresentar as hipóteses explicativas; 3) apresentar os dados disponíveis sobre as variáveis estudadas e tabulá-los; 4) proceder à Análise Exploratória de Dados[3], a fim de sugerir um panorama sobre o objeto de pesquisa (*a big picture*).

Tendo em mente as várias limitações descritas, buscou-se observar o rigor metodológico na seleção de instrumentos válidos e reconhecidos pela academia e na consolidação dos dados de cada instrumento ao longo do período analisado. Ao tabular os dados disponíveis e organizá-los por ano, país e instrumento, as células vazias ou registradas como N/A (*not avaiable*), por não haver valor aplicável ou disponível para o país em determinado ano, foram destacadas. No momento

3. A Análise Exploratória de Dados (AED) busca proceder ao exame dos dados coletados antes da aplicação de metodologia estatística específica, de forma a compreender as relações entre as variáveis e as principais tendências que se apresentam. Os gráficos, em especial o *boxsplot*, permitem a visualização dessas relações e das assimetrias existentes entre os dados. Acredita-se que a AED não é apenas uma forma de análise de dados, mas uma filosofia de análise. Ver LEVINE et alli., 2008, p. 109-113 e NIST/SEMATECH, 2012. s/p.

em que os instrumentos foram cruzados, todas essas células foram excluídas da análise, de forma que apenas os dados constantes simultaneamente na tabela de tráfico de seres humanos e de corrupção fossem *plotados* nos gráficos gerados. Dessa forma, o tamanho da lista de países em cada análise empreendida pode variar conforme a disponibilidade de dados nos dois índices concomitantemente, para cada Estado, em determinado ano. O impacto da exclusão das células vazias não foi avaliado no presente estudo.

1. Corrupção como fator de risco do tráfico de seres humanos: o que diz a literatura?

Corbin Lyday, especialista da Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID), foi provavelmente a primeira pesquisadora a apontar a corrupção como fator propulsor do tráfico de pessoas. Em 2001, Lyday fez o cruzamento das informações relativas ao Índice de Percepção da Corrupção – CPI, elaborado pela organização não governamental *International Transparency,* com a classificação em níveis (*tiers*, em inglês) do Relatório do Tráfico de Pessoas – TIP, elaborado pelo Departamento de Estado norte-americano. O estudo concluiu que havia "correlação entre as duas variáveis que permitiria associar claramente a percepção de integridade e a ação governamental contra o tráfico de pessoas" (LYDAY, 2001, p. 6). Segundo a autora, "comparar o CPI com o TIP permite verificar a correlação direta entre o quanto um país tolera o tráfico no seu território e o quanto ele parece ser corrupto" (LYDAY, 2001, p. 5).

Kevin Bales, cofundador da ONG *Free the Slaves* e consultor eventual das Nações Unidas para questões relativas à escravidão moderna e ao tráfico de seres humanos, avançou na perspectiva multifatorial do tráfico de pessoas e buscou calcular, por estudos de regressão, qual seria a variável explicativa mais forte (BALES, 2007, p. 269-279).[4] A partir de diferentes bases de dados, inclusive registros pessoais sobre tráfico de pessoas em diversos países, o autor aplicou um modelo estatístico de regressão múltipla para estimar os fatores mais determinantes. Ele concluiu que

4. O autor utiliza as seguintes fontes de dados em sua análise: United Nations. *World Statistics Pocketbook*, Sales n. E.95.XVII.7. New York, United Nations, 1995; Transparency International, *The International Corruption Index*, s/a; The Observer, "*Human rights abuses by country*". London, 25 October, 1999. Amnesty International. *Amnesty International Report 1999*, London, 2000; e a base de dados própria sobre escravidão e tráfico de pessoas.

> "as variáveis explicativas mais significativas para um país de *origem* de vítimas do tráfico de pessoas são, em ordem de importância: a corrupção governamental; a taxa de mortalidade infantil; a proporção da população com menos de 14 anos; o índice de produção de alimentos do país; a densidade populacional; os conflitos e a instabilidade social (BALES, 2007, p. 274-275)."[5]

A pesquisa revelou que, além daqueles fatores de conhecimento comum dos pesquisadores da área, como a pobreza e os conflitos, a falta de transparência e de mecanismos de controle da corrupção compromete a eficácia das políticas de controle do tráfico. Para o autor, "a análise sugere que reduzir a corrupção deveria ser a primeira e mais efetiva forma de reduzir o tráfico", de forma que os traficantes não pudessem se aproveitar de agentes corruptos nem para transportar as vítimas e explorá-las, nem para continuarem impunes (BALES, 2007, p. 276).

O estudo também avaliou os fatores mais significativos para explicar os países de *destino* do tráfico de pessoas. Foram identificados os seguintes fatores de atração das vítimas, em ordem de relevância: "porcentagem da população masculina com mais de 60 anos; corrupção governamental; mortalidade infantil; produção de alimentos; consumo per capita de energia" (BALES, 2007, p. 277)[6]. Por contar com menos informações disponíveis, algumas hipóteses do autor, como a permeabilidade das fronteiras, não puderam ser testadas. A corrupção, afirma Bales, "é um indicador de permeabilidade possível, uma vez que a corrupção sempre atua na abertura das fronteiras para os traficantes" (BALES, 2007, p. 276). Dessa forma, o controle do tráfico de seres humanos demanda a adoção de medias de controle da corrupção nos países de origem e de destino das vítimas (BALES, 2007, p. 278).

Em 2012, a professora e pesquisadora Seo-Young Cho publicou modelo de avaliação das principais variáveis explicativas do tráfico internacional de seres humanos apontadas pela literatura especializada. Em seu trabalho, a autora

5. O autor explica que esses fatores estão diretamente relacionados ao perfil demográfico e traduzem a pressão social e a competição por oportunidades de emprego. O nível de pobreza da população e o acesso à comida e a serviços essenciais, como saúde, também colaboram para a busca por melhores condições de vida. "Em qualquer estudo envolvendo seres humanos, uma explicação de 100% é virtualmente desconhecida; pois sempre existem problemas causados pela incapacidade de se coletar a informação perfeita. O modelo de regressão mostra o quanto da variação no tráfico oriundo de qualquer país é explicado pelos fatores que identificamos". Idem, p. 274.
6. O primeiro fator está associado à oportunidade de emprego. Os três últimos fatores estão relacionados ao nível de vida dos países de destino e à expectativa das vítimas de viverem em melhores condições.

relata ter enfrentado as mesmas dificuldades vividas na presente pesquisa: a incipiência do campo de pesquisa, a indisponibilidade de dados confiáveis e de modelos validados (CHO, 2012, p. 2).[7] Com dados extraídos dos relatórios elaborados pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pelo Departamento de Estado dos EUA e com informações coletadas em publicações acadêmicas selecionadas, a autora realizou análises de correlação e de regressão de mais de 70 variáveis, utilizando o modelo de *Extreme Bound Analysis* (EBA), "que identifica a robustez dos fatores para a escolha de outras variáveis de controle" (CHO, 2012, p. 3). A aplicação desse método permitiu reduzir a margem de erro do peso relativo de cada variável, sendo possível identificar as mais relevantes para o tráfico. Estas variáveis foram, então, agrupadas em quatro pilares: i) migração, ii) crime, iii) vulnerabilidade, e iv) esforço político e institucional (CHO, 2015, p. 3).

Os fatores ligados à migração estão fortemente ligados ao nível de renda da população, à globalização e ao fluxo de informação, que facilitam a mobilidade das pessoas através das fronteiras. O segundo pilar está intrinsecamente associado à natureza criminosa do tráfico de seres humanos, que envolve o transporte ilegal e a exploração de pessoas, por grupos organizados que atuam em diferentes pontos do globo, com a finalidade de obter lucro. O terceiro pilar diz respeito às situações de vulnerabilidade que contribuem para que as vítimas façam escolhas mais arriscadas na busca de melhores condições de vida. O nível de renda, os conflitos internos e as violações de direitos humanos são fatores que parecem influenciar significativamente o tráfico de pessoas. Por fim, o pilar relativo aos esforços políticos e institucionais abrange o nível de *law enforcement* e de corrupção, tanto nos países de origem como nos de destino.

Entre os achados da pesquisa de Cho, a corrupção aparece entre as "variáveis explicativas robustas do tráfico de pessoas". Por um lado, o controle da corrupção foi identificado como um fator relevante, principalmente nos países de origem das vítimas do tráfico, uma vez que "países com instituições fracas e baixo nível de governança *empurram* as pessoas para opções arriscadas" (CHO, 2015, p. 8), na busca por melhores condições de vida. O estudo indica que "o aumento do controle da corrupção em um ponto, na escala de -2.22 a +2.62, reduz o tráfico de seres humanos em 4%" (CHO, 2015, p. 8)[8]. Por outro lado, no que tange

7. Esse artigo de Seo-Young Cho foi revisado, atualizado e republicado em 2015. As duas versões foram citadas no presente trabalho.

8. Para avaliar o nível de controle da corrupção, foram utilizados o Índice de Percepção da Corrupção (CPI), elaborado pela *Transparency International*, e o Indicador de

aos países de destino, o nível de *law enforcement* e a qualidade das instituições não se revelaram variáveis explicativas robustas de *atração* de vítimas. Por fim, a criminalização do TSH e a implementação de políticas especiais de enfrentamento do problema, bem como a existência instituições que garantam os direitos fundamentais da população, reduzem o risco ao tráfico de seres humanos (CHO, 2015, p. 3-5).

Para a organização não governamental *Transparency International,* corrupção deve ser entendida como "um abuso do poder público legítimo visando o ganho privado" (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2020). Essa definição é utilizada também pelo Banco Mundial (WORLD BANK GROUP, 2017, p. 77) e servirá para balizar a presente análise. Para a *Transparency International*,

> "a corrupção é a causa e o núcleo de muitas violações dos direitos humanos. Entre os países, há uma tendência generalizada de coexistência da corrupção sistêmica com o desrespeito institucionalizado aos direitos humanos (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2008, p. 1)."

Para o relator especial da Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Christy Mbonu, o impacto da corrupção na sociedade é devastador e, assim, é preciso que a comunidade internacional se reúna para discutir formas de controlar a corrupção, em especial sob a perspectiva dos direitos humanos (UNITED NATIONS, 2004, § 60). Em 1993, o relator especial da Comissão de Direitos Humanos apontou para a necessidade de os países adotarem medidas urgentes de controle do tráfico de internacional de crianças, para venda, prostituição e pornografia infantil. No relatório, a corrupção aparecia como uma das preocupações para se enfrentar o problema, destacando-se a importância de se criar incentivos positivos e oferecer treinamento adequado para policiais, agentes de imigração, juízes e demais oficiais públicos, a fim de melhorar a eficiência[9] no controle da violência contra os menores (ONU-CDH, 1994, §§ 5º e 235).[10]

A *Human Rights Watch* denunciou, em 1995, a participação de diversos agentes públicos no tráfico e na exploração de meninas e mulheres na Índia e no

Governança, que inclui o índice de Controle da Corrupção (CCOR), elaborado no âmbito do projeto do Banco Mundial, e que serão usados na presente pesquisa.

9. Por eficiência entende-se "a comparação das necessidades de atuação com as diretrizes e os objetivos propostos e com o instrumental disponibilizado" (BRASIL, 2015, p. 44).

10. O relatório aponta que, em 1992, foi identificado um caso de tráfico de crianças do Zaire para a França, que contava com a colaboração da polícia francesa.

Nepal. Naquele momento, a organização não governamental indicava a corrupção com uma das principais causas para a falta de observância das leis de controle do tráfico de pessoas existentes nos dois países e para a impunidade dos traficantes. A denúncia apontou que policiais nepaleses transportavam as vítimas até a fronteira com a Índia e que policiais indianos protegiam os donos de bordéis e traficantes contra investigações e operações especiais em troca de dinheiro e serviços sexuais. A proteção aos traficantes era garantida também por políticos e representações partidárias envolvidos em organizações criminosas. Além disso, o relatório denunciava o caso de vítimas resgatadas que eram revendidas para os bordéis pelas autoridades corruptas (HUMAN RIGHTS WATCH, 1995, s/p)[11].

A *Foundation for Women and The Global Alliance against Traffic in Women* (GAATW), outra organização não governamental, com sede na Tailândia, também pronunciou-se sobre a interrelação entre tráfico internacional de pessoas e corrupção. A cumplicidade dos agentes do governo está entre os principais fatores que facilitam o tráfico e ampliam a vulnerabilidade das mulheres (DAIRIAM, 2002, p. 73). Para a ONG, "as autoridades corruptas, sem dúvida, desempenham um papel na facilitação do processo de tráfico" (GAATW, 2000, p. 38).

O relatório apresentado no âmbito do programa contra corrupção e crime organizado no sudeste europeu – PACO – apontou que

> "casos de corrupção relacionados ao tráfico de seres humanos foram reportados por quase todos os países do sudeste europeu e existe uma crença generalizada de que o tráfico não pode existir sem o envolvimento de agentes corruptos (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 9)."

Além disso, verificou-se que poucos eram os casos investigados de tráfico de pessoas envolvendo corrupção e praticamente nenhum denunciado foi condenado. Os relatos coletados no âmbito desse programa mencionavam o recebimento de propina por parte dos agentes de *law enforcement,* a fim de evitar que traficantes fossem investigados (COUNCIL OF EUROPE, 2002, p. 9-10).

Em 2008 e 2009, foram organizados, no âmbito de agências especializadas das Nações Unidas, grupos de trabalho e eventos em que foi discutido o papel da corrupção no tráfico de pessoas[12]. Esses trabalhos culminaram no lançamento

11. A participação de agentes públicos corruptos no 're-tráfico' de vítimas que haviam sido deportadas é relatado também em RICHARDS, 2004, p. 158; e em UNODC – *United nations office on drugs and crime*, 2011. p. 15.

12. UN.GIFT, 2008, s/p. UNODC, 2009, s/p.

de publicação específica sobre o tema, em 2011, que reconhece que a maior parte dos esforços realizados até aquele momento para o enfrentamento ao tráfico de pessoas e para o combate à corrupção considerava os dois crimes apenas de forma isolada (UNODC, 2011, p. 4). Uma das hipóteses apontadas no documento coloca a corrupção como "fator central para o sucesso dos traficantes", sendo considerada um "investimento necessário" para os criminosos (UNODC, 2011, p. 8). A publicação elaborada pela UNODC reúne diversas histórias de vítimas do tráfico de pessoas que foram resgatadas e que relataram a participação de agentes públicos em todos os estágios do tráfico. "A percepção de corrupção contribui significativamente para o sucesso do controle das vítimas do tráfico e para que relutem em reportar o crime [para as autoridades públicas]" (UNODC, 2011, p. 13).

Apenas em 2010 a Assembleia Geral aprovou o *Plano de Ação Global para o Combate ao Tráfico de Seres Humanos*. Entre outras medidas que visam fortalecer o controle do tráfico de pessoas, os Estados se comprometem a adotar um plano de ação nacional para "investigar, processar e punir funcionários públicos corruptos que se envolvam ou facilitem o tráfico de pessoas e promover uma política de tolerância-zero contra esses funcionários corruptos" (UNGA, 2010, § 47), bem como fortalecer a coordenação e a cooperação no controle dos crimes relacionados ao tráfico, incluindo a corrupção (UNGA, 2010, § 48).

Nos últimos anos, o UNODC tem evidenciado a participação de agentes corruptos no tráfico internacional de pessoas. Com base em informações providas por órgãos oficiais de *enforcement* da Espanha e da Itália, o *Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas – 2014* apontou casos em que agentes públicos em aeroportos da Europa recebiam propina para facilitar a entrada de vítimas do tráfico de pessoas no espaço de livre circulação europeu. Destacou-se ainda que a conduta corrupta também servia para proteger e ampliar os lucros provenientes do tráfico de pessoas (UNODC, 2014, p. 57).

O Relatório Global publicado em dezembro de 2016 avança na questão, mostrando que a corrupção pode ser usada em diferentes momentos do tráfico internacional de pessoas. Na fase de preparação da viagem, propinas podem ser pagas para facilitar a migração irregular das vítimas, por meio do fornecimento de documentos oficiais, como passaportes, vistos ou autorizações de residência. Durante o trânsito para o país de destino, agentes da imigração podem ser corrompidos para facilitar a entrada da vítima. Além disso, em diversas etapas do processo, o silêncio de policiais e outros agentes públicos pode ser comprado, a fim de manter o estado de exploração das vítimas e a impunidade dos criminosos (UNODC, 2016, p. 61).

No relatório *Trafficking in Persons and Corruption – Breaking the Chain*, publicado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, a afirmação "o tráfico de pessoas depende da corrupção sistemática" é repetida diversas vezes e de forma categórica (OECD, 2016, p. 7)[13]. Segundo o relatório, o tráfico de pessoas não seria tão generalizado, alcançando escala global, se não fosse pela alavancagem gerada pela corrupção de agentes públicos e pela cumplicidade e conluio desses com os traficantes (OECD, 2016, p. 7). A corrupção é apresentada como ponto-chave para se enfrentar o tráfico de pessoas de forma efetiva. Para tanto, o relatório ressalta que os Estados devem elaborar uma base legal sólida, que avance sobre as duas questões de maneira interligada. Muitas vezes, os mecanismos de enfrentamento da corrupção e do tráfico de pessoas existentes deverão ser revistos, de forma a abordar as duas condutas criminosas de maneira coerente e coordenada (OECD, 2016, p. 5).

O relatório aponta para a necessidade de concentrar esforços nos setores produtivos mais vulneráveis ao TSH, como construção civil, bordéis, agricultura, pesca e indústria têxtil. Ao mesmo tempo,

> "devem ser definidas regras e padrões específicos de transparência e integridade para os funcionários públicos que estão mais expostos ao risco de estarem envolvidos no tráfico e na corrupção (OECD, 2016, p. 5)."

É recomendado que sejam dedicados esforços para que todos os agentes envolvidos no controle do tráfico de pessoas entendam a relação que existe com a corrupção.

Dessa forma, o mapeamento desse campo de estudos sugere que o tráfico internacional de pessoas relaciona-se às práticas corruptas de agentes públicos, que favorece a consumação dos delitos e dificulta a atuação das organizações incumbidas da persecução penal.

2. Cruzando os dados: tráfico de seres humanos x corrupção

2.1. Metodologia

O presente trabalho buscou replicar o modelo utilizado por Corbin Lyday à série histórica de 2001 a 2015 dos relatórios *Trafficking in Persons* e *Corruption Perception Index*. Nas palavras da própria autora, trata-se de metodologia

13. Essa afirmação é repetida diversas vezes ao longo do relatório.

"relativamente simples", em que foi cruzada a classificação em *Tiers* do *Trafficking in Persons Report* (TIP) e o Índice de Percepção da Corrupção (CPI) relativos a 2001 (LYDAY, 2001, p. 6). Naquela oportunidade, a autora organizou os países em três grupos, conforme a ordem de classificação do CPI (do 1º ao 91º). Dessa forma, ela combinou os Estados do primeiro grupo do TIP (Tier 1) com os primeiros 30 países do CPI (os menos corruptos); do segundo grupo do TIP (Tier 2) com os 30 países seguintes do CPI; e do terceiro grupo (Tier 3) com os 30 países mais corruptos. Os países que não constavam de ambas as listas foram excluídos da análise (LYDAY, 2001, p. 5, nota de rodapé 14). O resultado daquela pesquisa revelou que "existe uma clara correlação entre a percepção de integridade e as ações governamentais contra o tráfico" (LYDAY, 2001, p. 6).

No presente trabalho, para cada variável analisada foram selecionados dois instrumentos de mensuração: o *Trafficking in Persons Report* – TIP e o *3P Index*, para o tráfico de seres humanos; e o Índice de Percepção da Corrupção – CPI e o Índice de Controle da Corrupção – CCOR, que medem a percepção de corrupção de cada país. Conforme descrito anteriormente, diante das limitações para se conhecer o número real de vítimas do tráfico e as dificuldades de se obter estatísticas confiáveis com dados oficiais sobre a criminalidade conhecida, os estudos sobre o tráfico de seres humanos recorrem a instrumentos que medem o nível de observância das recomendações internacionais pelos países, como o TIP e o *3P Index*. A partir de parâmetros pré-definidos, são atribuídos índices de *compliance* que indicam o quanto determinado Estado adota medidas de prevenção, persecução criminal e proteção das vítimas, que podem variar conforme o grau de adequação da legislação nacional e de adoção de políticas públicas. No que tange à corrupção, os dois índices identificados (CPI e CCOR) são construídos a partir da consolidação de dezenas de indicadores de percepção de agentes públicos e privados, colhida por meio de milhares de questionários aplicados em todo o mundo, de forma a quantificar o nível de corrupção percebida em cada país.

O TIP e o CPI foram criados há muitos anos e, apesar de ainda sofrerem críticas, já são reconhecidos pela literatura como índices válidos e consolidados. O 3P Index e o CCOR são índices mais recentes e menos citados pelos pesquisadores da área. No presente estudo, o 3P Index e o CCOR foram utilizados apenas como instrumentos de comparação e validação dos resultados observados pela análise da correlação do TIP com o CPI. Dessa forma, ao utilizar dados produzidos por diferentes instituições, espera-se reduzir possível viés do resultado apresentado pela análise da correlação entre os dados relativos às políticas de enfrentamento ao tráfico e à percepção de corrupção. A utilização desses indicadores permite

também a comparação entre índices de corrupção e tráfico, uma vez que a população das duas variáveis será a mesma: todos os Estados do mundo que apresentem dados válidos.

Nas próximas seções serão apresentados os quatro instrumentos utilizados no presente estudo e a análise descritiva da evolução observada no período entre 2001 e 2015. Por fim, serão expostos os resultados da análise de correlação dos quatro índices.

2.2. *TSH:* Trafficking in Persons Report (TIP)

O Relatório sobre Tráfico de Pessoas – TIP (sigla em inglês para *Trafficking in Persons Report*) é elaborado anualmente pelo Departamento de Estado norte-americano, com base em comunicações encaminhadas pelas embaixadas e consulados situados em diferentes países do mundo, por agentes públicos de diversas agências ligadas a direitos humanos, relações de trabalho, inteligência e migração, em informações fornecidas por organizações internacionais e organizações não governamentais, ou divulgadas pela imprensa e por pesquisas acadêmicas.[14]

Esse relatório abarca os esforços de cada país no controle do tráfico de pessoas, incluindo desde a criminalização do TSH, até a adoção de medidas de proteção às vítimas e de persecução dos traficantes. Os critérios de avaliação são alinhados ao Protocolo de Palermo e fundamentados nos padrões mínimos do *Trafficking Victims Protection Act of 2000* (TVPA), lei norte-americana que rege as medidas de controle do tráfico naquele país.

O primeiro TIP foi publicado em 2001, abarcando apenas 82 países. Em 2015, o relatório abrangia informações de 188 países em todo o mundo. Vale ressaltar que alguns Estados não são mencionados no relatório porque o número de vítimas do tráfico de seres humanos não é relevante[15] ou pela dificuldade de se obter evidências sobre os casos e informações sobre tráfico de pessoas. Em diferentes situações de conflito interno, de falta de um estado legítimo ou de

14. Foram utilizados apenas os relatórios correspondentes ao período de 2001-2015, uma vez que esse foi o corte cronológico proposto. A metodologia do Departamento de Estado norte-americano está descrita na seção Metodologia, de cada ano. Para este trabalho foram pesquisadas as versões de 2001, 2004 e 2015.

15. Para o relatório, a relevância se mede pelo número de vítimas identificadas. O país é *relevante* quando apresenta o registro de mais de 100 vítimas.

impossibilidade de se recolher evidências sobre a situação do tráfico de pessoas, alguns países foram classificados no grupo *Special Case*. Em 2015, apenas a Somália constava nessa lista.

Até 2003, os países eram classificados em apenas três níveis (*Tiers 1-3*). O *Tier 1* engloba os países que adotam todas as medidas de controle do TSH, conforme o padrão mínimo estabelecido no TVPA. Essa classificação não significa que não existe TSH no país. Ela indica apenas que o governo estabelece políticas de enfrentamento ao tráfico conforme critérios mínimos estabelecidos pelos Estados Unidos. O *Tier 2* destaca os países que não adotam todas as medidas do TVPA, mas que apresentam esforços significativos para adequar suas normas e políticas. O *Tier 3* abrange os países que não adotam os padrões mínimos do TVPA e não demonstram interesse em fazê-lo. Com a edição do *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act 2003* (TVPRA), foi criado o *Tier 2 Watch List* (2WL), a fim de desdobrar o *Tier 2*, destacando aqueles países que ainda apresentam um número significativo de vítimas, em que não houve ampliação ou melhoria das medidas antitráfico em relação ao ano anterior ou que o compromisso de adotar as medidas indicadas não foi cumprido.

Outros critérios influenciam a classificação de cada país: o fato de ser um ponto de origem, trânsito ou destino de tráfico de pessoas; o envolvimento de agentes públicos; e as medidas que ainda são necessárias para que o governo possa enfrentar as formas mais graves de tráfico de pessoas em seu território. Nenhuma posição ou classificação é permanente no TIP. Para se manter em determinada categoria ou melhorar a classificação, é preciso que o país continue evoluindo no controle do tráfico de seres humanos, ano após ano. Para a elaboração do relatório, é considerado o envolvimento de agentes públicos no tráfico de seres humanos, o que pode afetar a classificação final do país.

2.3. *TSH:* 3P Index

O segundo instrumento de avaliação do nível de aderência dos Estados aos padrões mínimos estabelecidos para o enfrentamento ao tráfico de seres humanos é o *3P Index*[16]. O índice foi desenvolvido pela Professora Seo-Young Cho, em 2010, no âmbito de projeto financiado pela Comissão Europeia para indexação

16. Todas as informações sobre o índice, incluindo a base de dados, artigos e o contato dos pesquisadores envolvidos no projeto estão disponíveis na página *The Economics of Human Trafficking*, elaborada por Seo-Young Cho.

da política antitráfico de seres humanos. Atualmente, é atualizado todos os anos pelo grupo de pesquisa sobre economia do tráfico de pessoas da Universidade de Marburg, Alemanha, sob a coordenação da Professora Cho.

O objetivo do projeto é medir a efetividade das ações governamentais em três dimensões de atuação: 1) prevenção e combate ao tráfico de pessoas; 2) proteção e assistência às vítimas; 3) persecução criminal e punição dos traficantes.[17] A segregação dessas três dimensões é importante devido à diferença que pode existir entre o nível de implantação de cada país das medidas de prevenção, persecução e proteção, e à potencialidade de conflito entre essas medidas (CHO, 2015, p. 86-99).

Para realizar a pesquisa, foram utilizadas as informações disponíveis, desde 2001, constantes do *Trafficking in Persons Report* (TIP) e do *Report on Trafficking in Persons: Global Patterns,* elaborado pelo UNODC. Além disso, foram analisadas a legislação nacional e a observância dos tratados internacionais relativos ao tráfico de pessoas.

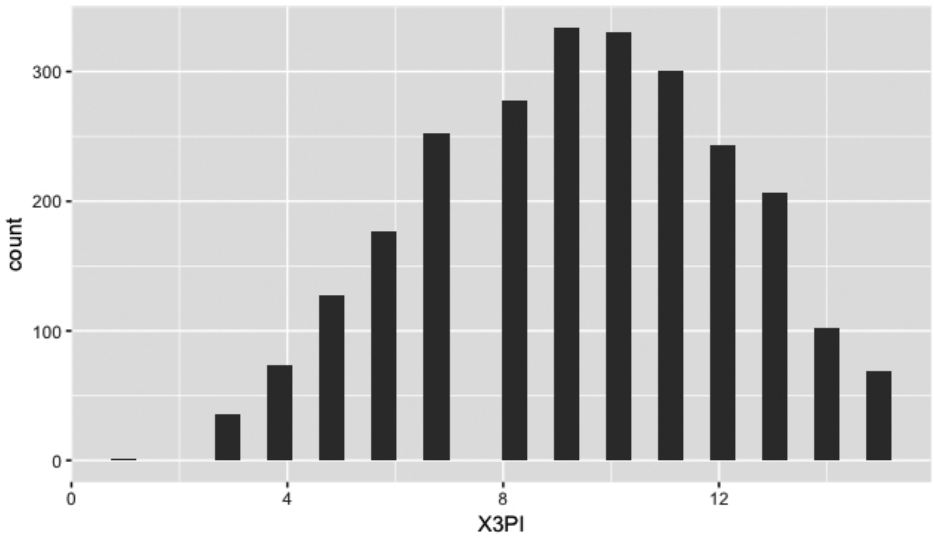
Cada dimensão varia na escala de 1 a 5, sendo a maior nota atribuída ao país que atende a todos os critérios avaliados (arcabouço normativo de criminalização do TSH, aplicação da lei por meio de medidas de investigação, persecução criminal, condenação e punição dos envolvidos conforme parâmetros definidos no Protocolo de Palermo, adoção de medidas de anistia e apoio à vítima, além de campanhas de conscientização, treinamento, cooperação intergovernamental e controle de fronteira). As notas de cada dimensão irão compor o *3P Index,* que pode chegar a 15 pontos (CHO, 2014, p. 86-99).[18]

17. O nome *3P Index* remete às iniciais em inglês dessas dimensões (*prevention, protection* e *prossecution*).

18. Neste texto, a autora apresenta os critérios estabelecidos para a avaliação de cada dimensão são os seguintes: 1. Para persecução criminal: adoção de leis nacionais de criminalização do tráfico de seres humanos e do tráfico de crianças, com a aplicação de penas mais severas para esses crimes, e elaboração de estatística sobre o tema. 2. Para proteção das vítimas: garantia de anistia para os crimes relacionados ao tráfico (princípio da não punição), dispensa da autoidentificação (autorreconhecimento) da vítima para o reconhecimento do seu status, disponibilidade de assistência jurídica, visto de permanência e residência, abrigo, assistência médica, reabilitação, oportunidade de treinamento laboral, e assistência para retorno voluntário para o país de origem. 3. Para prevenção ao tráfico de pessoas: realização de campanhas de conscientização pública, treinamento de servidores públicos e operadores do direito, estabelecimento de cooperação entre diferentes autoridades governamentais, adoção de planos nacionais de controle do tráfico,

No Gráfico 1, a representação da distribuição de todos os índices ao longo do período de 2001 a 2015 revela a predominância de índices medianos, em torno de 9-10 pontos.[19]

Gráfico 1 – *3P Index* – Distribuição dos países por índice



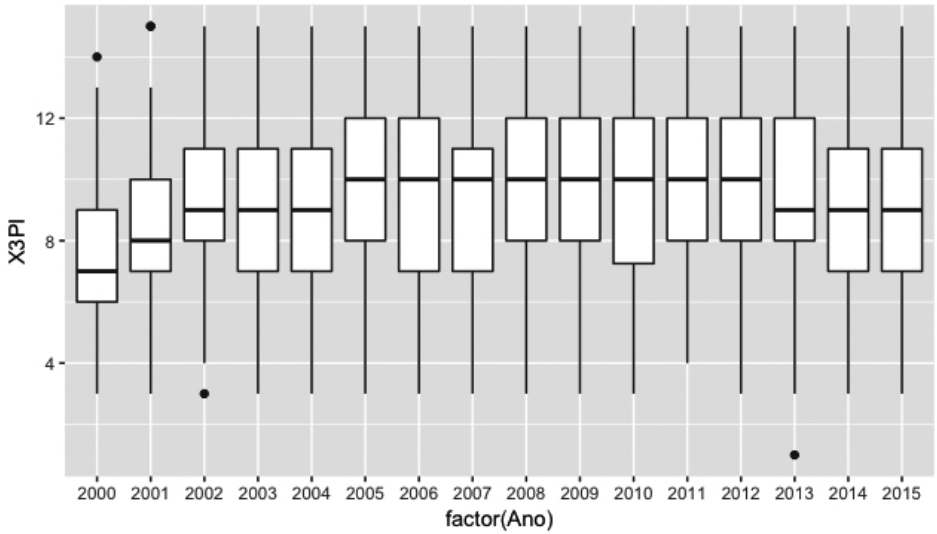
Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de Seo-Young CHO, *3P Index*. Dados de 2001 a 2015.

Foram utilizados os dados de 89 países para o ano de 2001 e de 189, no relatório de 2015. O último relatório aponta a melhoria do índice médio global (média de 9,02), em detrimento da piora da nota média da dimensão de persecução (queda de aproximadamente 2%). Ademais, a avaliação em três dimensões permite verificar que as políticas de proteção às vítimas ainda são as menos desenvolvidas em todo o mundo. Essa forma de avaliação em diferentes perspectivas de atuação deve ser incentivada, inclusive na academia brasileira, pois sugere novas frentes para a atuação prioritária dos governos.

estabelecimento de parcerias com organizações não governamentais e organismos internacionais que operam programas contra o tráfico, além da cooperação com outros países (CHO, 2016, p. 89).

19. Devido à limitação do *RStudio*, foi acrescentado um X antes da identificação do eixo relativo ao 3P Index.

Gráfico 2 – *3P Index* – Distribuição dos países por índice e por ano



Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de Seo-Young CHO, *3P Index*. Dados de 2001 a 2015.

O Gráfico 2 apresenta a evolução da distribuição dos índices de todos os países no período analisado no presente estudo. A média ao longo dos anos foi de 9,39, com distribuição assimétrica dos países em cada ano. A análise exploratória dos dados sugere que, conforme os critérios estabelecidos para a aferição do índice, a maioria dos países observam as regras do Protocolo de Palermo.

A metodologia utilizada para a elaboração do índice não explicita o papel da corrupção no tráfico de seres humanos. Contudo, uma vez que são utilizados na formulação do *3P Index* indicadores que avaliam o envolvimento de agentes públicos no tráfico, não se pode desconsiderar que ele seja independente da variável corrupção.

2.4. COR: Corruption Perceptions Index (CPI)

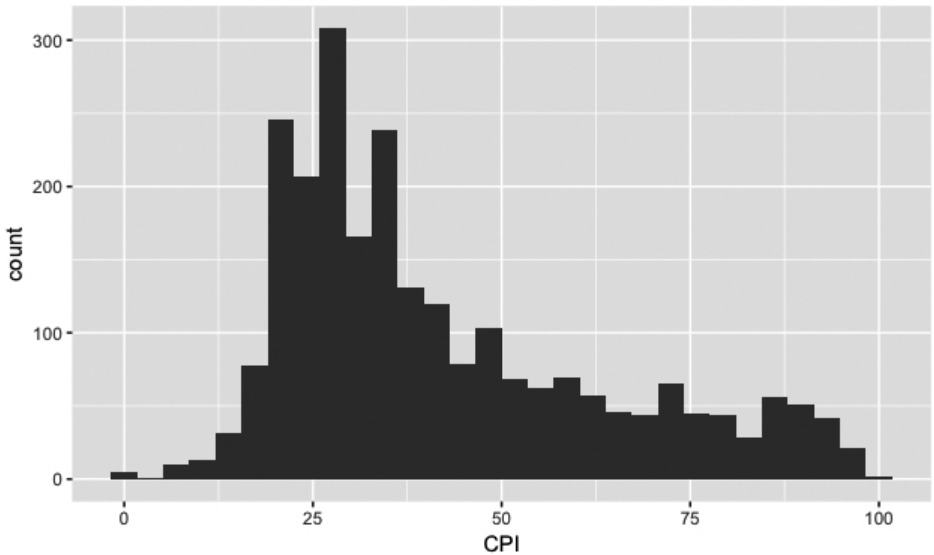
O Índice de Percepção da Corrupção – CPI (sigla em inglês para *Corruption Perceptions Index*) é elaborado desde 1995 pela organização não governamental *International Transparency*. O CPI agrega a informação gerada por diversas instituições ligadas ao mercado produtivo e ao setor público sobre a percepção da corrupção em diferentes países. Para ser validada pela *Transparency International*, a metodologia aplicada deve quantificar a corrupção no setor público em diversos países, utilizando a mesma escala para todos os avaliados. Além disso, a

instituição deve ser dotada de credibilidade e deve ser capaz de aplicar a avaliação regularmente (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2015, s/p).[20]

Onze instituições diferentes contribuíram com o relatório de 2015, que engloba 168 países e territórios. Em 1995, quando começou a ser medido, apenas 41 países compunham o relatório elaborado com base em sete pesquisas de percepção. Atualmente, para que um país seja incluído no relatório CPI, é necessário haver ao menos três fontes de avaliação diferentes.

A escala do CPI varia entre 0 e 100, sendo atribuído zero aos países em que se percebe corrupção em todo o setor público e 100 aos países sem corrupção. Em 2015, dos 168 países avaliados, 114 (ou 67,8%) obtiveram pontuação inferior a 50, o que aponta para níveis alarmantes de corrupção. O Gráfico 4 apresenta a distribuição de todos os 2.437 índices atribuídos ao longo de 15 anos aos países avaliados. Desses, 1.716 pontos estão abaixo de 50, o que representa 70,4% dos dados válidos.

Gráfico 3 – *Corruption Perception Index* – Distribuição dos países por índice

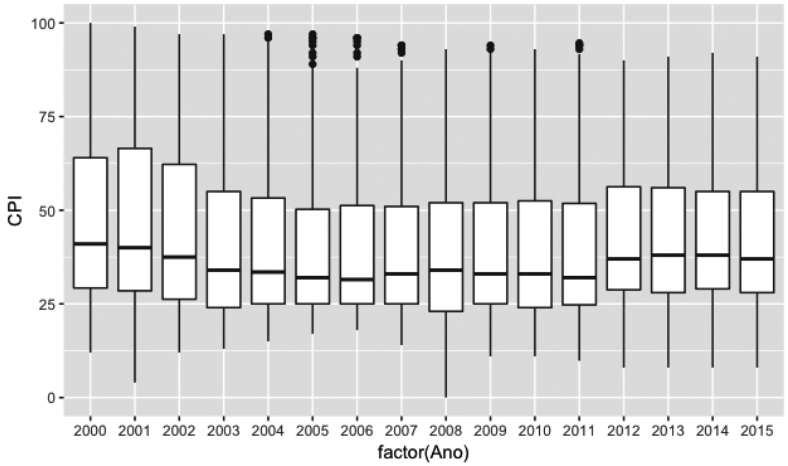


Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de Transparency International, *Corruption Perception Index*. Dados de 2001 a 2015.

20. Os documentos "Short Methodology Note", "Technical Methodology Note" e "Full Source Description" estão disponíveis em *Data and Methodology*, na página oficial da Transparency International.

Também na representação gráfico em *boxplot*[21] dos índices medidos por ano, é possível perceber a assimetria da distribuição dos dados revelando medianas com valores abaixo de 50, indicando que a tendência se manteve ao longo dos anos. A média calculada é de 42,02 pontos.

Gráfico 4 – *Corruption Perception Index* – Distribuição dos países por índice e por ano



Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de Transparency International, *Corruption Perception Index*. Dados de 2001 a 2015.

2.5. *COR:* Control of Corruption (CCOR)

O Controle da Corrupção – CCOR (sigla em inglês para *Control of Corruption*) é um dos índices que compõem o indicador de governança formulado por Daniel Kaufmann e Aart Kraay, no âmbito do projeto *Worldwide Governance Indicators* – WGI, que conta o financiamento do Banco Mundial. O WGI agrega a percepção de diferentes atores sociais sobre governança, a partir de entrevistas e relatórios elaborados por 31 instituições (organizações internacionais, *think tanks*, institutos de pesquisa, organizações não governamentais e empresas do setor privado) (THE WORLD BANK GROUP. Methodology. s/d, s/p). Desde 1996, o WGI reúne informações sobre mais de 200 países e territórios, divididas em seis dimensões: *voice*

21. "O desenho esquemático – *box-plot, box-and-whisker plot* ou caixa-de-bigodes (como é chamado na literatura portuguesa) – é uma representação gráfica da distribuição dos dados que se utiliza do esquema dos cinco números", mínimo, máximo, mediana, 1º quartil e 3º quartil (COSTA; MACHADO; ZACKSESKI (Orgs.), 2016, p. 187).

and accountability, estabilidade política e falta de violência, efetividade do governo, qualidade regulatória, Estado de Direito e controle da corrupção. O presente estudo fará uso apenas das informações coletadas nesta última dimensão do indicador.

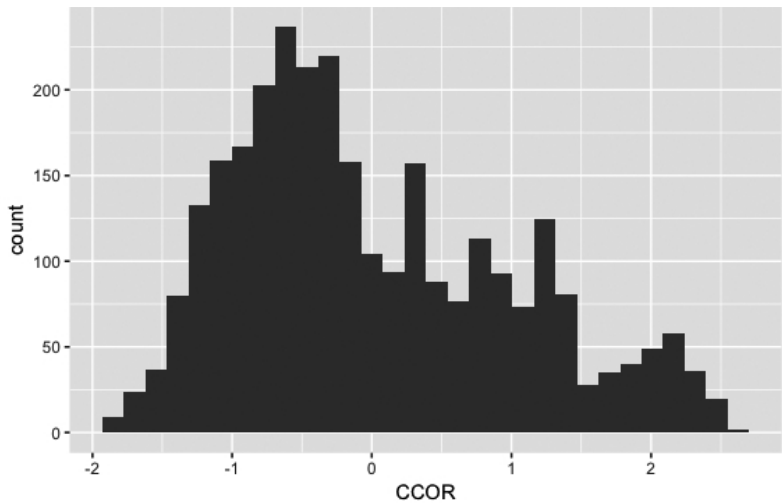
O índice CCOR foi formulado para 214 países e

> "reflete a percepção sobre a extensão em que o poder público é exercido para o ganho privado, incluindo a corrupção *petty* e a *grand*. Abrange também a captura do Estado pelas elites e pelos interesses privados (THE WORLD BANK GROUP. Control of Corruption. s/d, s/p)."

As variáveis que compõem o CCOR estão relacionadas ao nível de corrupção dos agentes públicos e da população, o desvio de recursos públicos e o pagamento irregular em contratos e decisões do poder público, o nível de transparência e a confiança do povo nos políticos (THE WORLD BANK GROUP. Control of Corruption. s/d, s/p). Para calcular o índice CCOR, os dados relativos à corrupção são tabulados e ajustados à escala de 0 a 1. Depois é calculada a média ponderada para cada país, considerando a margem de erro assumida e o peso atribuído para cada fonte. O índice varia entre -2,5 e 2,5, sendo o maior valor atribuído aos países com menos corrupção (THE WORLD BANK GROUP. Methodology. s/d, s/p).

Assim como se verificou no *Corruption Persception Index,* a representação gráfica de todos os índices registrados desde 2001 revela a tendência de assimetria dos dados à esquerda, para valores abaixo de 50%.

Gráfico 5 – *Control of Corruption* – Distribuição dos países por índice

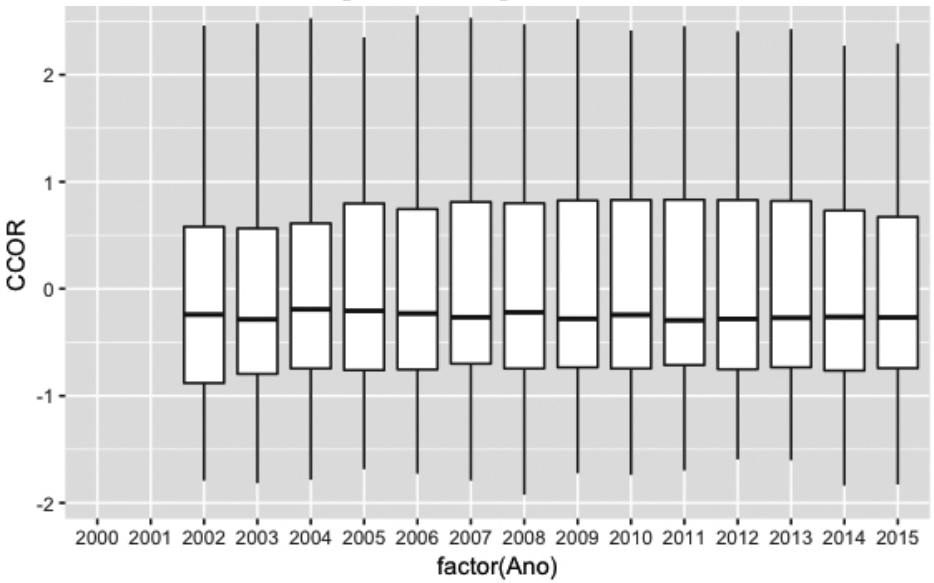


Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de The World Bank Group. *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*. Dados de 2001 a 2015.

Entre 2001 e 2015, a distribuição do índice CCOR se manteve mais estável que aquela observada no CPI. Uma hipótese provável para tal diferença deve-se ao fato de o CCOR ter sido elaborado em 2008, incluindo 179 já na primeira edição e, provavelmente, com metodologia mais madura. Cabe lembrar que a primeira publicação do CPI, em 1995, englobava apenas 41 países. Dessa forma, na medição do CCOR, nem a metodologia de classificação, nem o número de países se alterou significativamente ao longo do período de análise. Essa hipótese não foi, contudo, testada no presente trabalho e deve ser melhor investigada em outros estudos.

De toda forma, é possível visualizar no Gráfico 6 que, ao longo dos anos, o CCOR também apresentou distribuição assimétrica, com mediana inferior a 50% (valendo -0,26), mantendo essa tendência durante todo o período.

Gráfico 6 – *Control of Corruption* – Distribuição dos países por índice e por ano



Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados de The World Bank Group. *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*. Dados de 2001 a 2015.

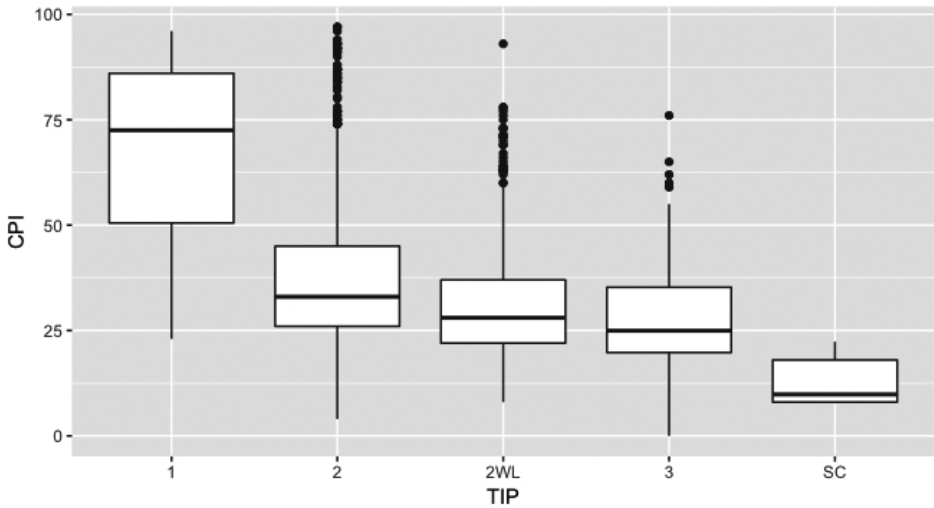
2.6. Cruzando os dados: TSH X COR

Na análise estatística exploratória, a hipótese central foi testada a partir do cruzamento do TIP com o CPI.[22] Por se tratar do cruzamento de uma variável

22. Foi utilizada a linguagem estatística R, a partir da plataforma *RStudio*, versão 1.0.44.

categórica (TIP) com outra quantitativa (CPI), utilizou-se o gráfico do tipo *box-plot* para representar a dispersão de todos os dados válidos do período analisado, verifica-se que, quanto maior a observância dos requisitos de enfrentamento ao tráfico de pessoas, maior o índice CPI (logo, menor a corrupção percebida). Ao mesmo tempo, observa-se uma tendência de queda do índice CPI conforme se avança nos níveis do TIP.

Gráfico 7 – Correlação dos dados de distribuição dos relatórios CPI e TIP



Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados do Departamento de Estado norte-americano, *Trafficking in Persons Report* e do Transparency International, *Corruption Perception Index*. Dados de 2001 a 2015.

A distribuição dos dados no gráfico acima demonstra que a mediana dos países classificados no *Tier 1* possui índice CPI acima de 70, enquanto para os *Tiers 2, 2WL* e *3* a mediana fica entre CPI 20-40. Os três primeiros quartis do *Tier 1* encontram-se acima de CPI 50, apresentando uma forte assimetria para cima. Já no *Tier 3* a maioria dos países encontra-se abaixo do CPI 50, não havendo nenhum dado superior a CPI 80 e poucos *outliers*[23] acima de CPI 60. A assimetria, nesse caso, aponta uma maior relação entre países muito corruptos e que não possuem políticas de enfrentamento ao tráfico.

Nos *Tiers 2 e 2WL* existe maior prevalência de *outliers,* predominando índices superiores a CPI 70, no *Tier 2*, e superiores a CPI 60, no *Tier 2WL*. Aparentemente,

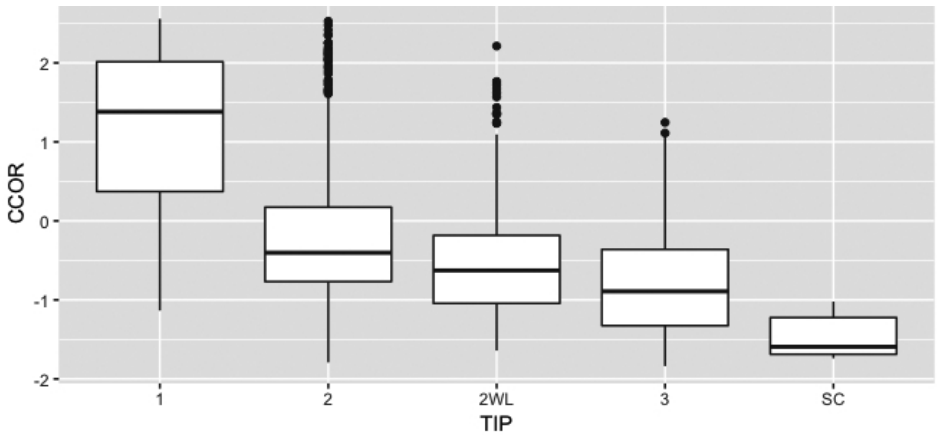
23. "Em estatística, *outlier*, ou valor aberrante ou valor atípico, é uma observação que apresenta um grande afastamento das demais da série (que está 'fora' dela) ou é inconsistente" (MACHADO, ZACKSESKI & RAUPP COSTA, 2016, p. 188).

a concentração de países com CPI acima de 50 não se manteve ao longo dos anos. É preciso avaliar, contudo, se a criação de mais um nível em 2003 alterou, significativamente a distribuição dos dados. Os países classificados como *Special Case* (SC) distribuíram-se, ao longo de 15 anos, entre o CPI 0 a 20.

Os resultados dos testes *t* aplicados na amostra de dados válidos, selecionados os *Tiers* consecutivos dois a dois, demonstram que existe uma diferença entre as categorias estatisticamente significante que aponta para a correlação entre as duas variáveis.[24] O mesmo teste foi aplicado nos demais índices relacionados e apresentou resultado semelhante.

Ao substituir o índice CPI, formulado pela *International Tranparency,* pelo índice de Controle de Corrupção – CCOR, do projeto de governança financiado pelo Banco Mundial, a distribuição resultante do cruzamento com o TIP é análoga à representação de TIP x CPI, reforçando o resultado obtido anteriormente.

Gráfico 8 – Correlação dos dados de distribuição dos relatórios CCOR e TIP



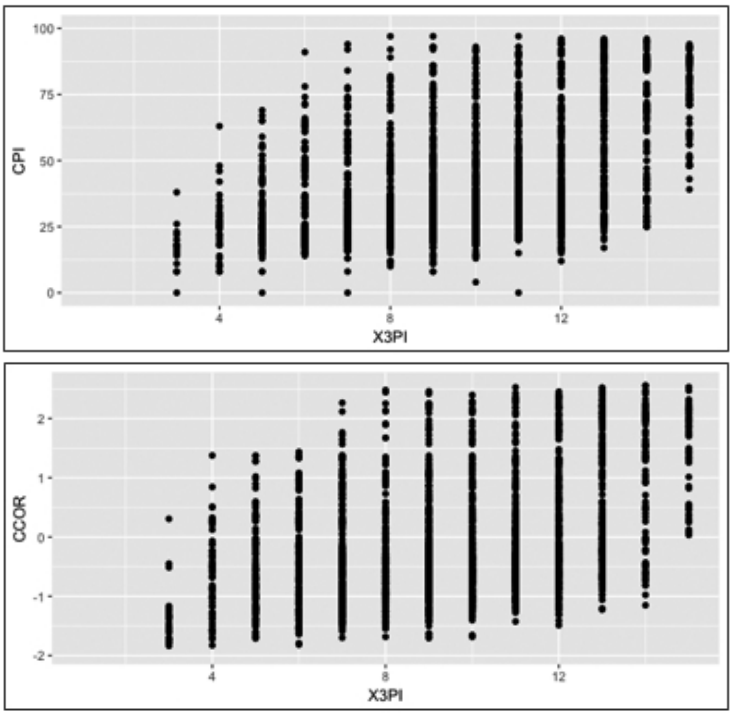
Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados do Departamento de Estado norte-americano, *Trafficking in Persons Report* e do The World Bank Group. *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*. Dados de 2001 a 2015.

24. Segundo LEVINE et alli., o teste *t* de variância agrupada pode ser utilizado para "determinar se existe uma diferença significativa entre as médias aritméticas das duas populações" (LEVINE et alli., 2008, p. 325), considerando que as amostras foram selecionadas de maneira aleatória e independente. Dessa forma, é possível testar se existe diferença entre as médias aritméticas dos diferentes grupos (no caso em estudo, entre os diferentes *Tiers*). A hipótese nula (inicial) seria de que não existe tal diferença. O teste aplicado comprova a hipótese alternativa de que os grupos são diferentes. O nível de confiança

Nesse gráfico fica um pouco mais clara a tendência de queda da mediana do CPI em relação ao menor índice atribuído à política de enfrentamento ao tráfico de pessoas de cada país. Da mesma forma, é possível perceber que a concentração dos *outliers* é bastante diferente para cada *Tier* e acompanha a variação observada no gráfico anterior.

Por utilizar uma variável categórica, a representação gráfica com o TIP apresenta essas quebras de níveis entre um *Tier* e outro. A próxima análise, comparando os dados de corrupção com o 3P *Index* são plotados em gráfico de dispersão, permitindo a visualização da tendência de forma mais contínua.

Gráfico 9 – Correlação entre os dados de distribuição dos relatórios CPI e *3P Index* (esquerda) e CCOR e *3P Index* (direita)



Fonte: elaborados pelos autores a partir dos dados do Departamento de Estado norte-americano, *Trafficking in Persons Report,* do Transparency International, *Corruption Perception Index* e do The World Bank Group. *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*. Dados de 2001 a 2015.

assumido no teste foi de 95%. A análise estatística mais aprofundada pode avançar nas conclusões sobre a existência de correlação entre o tráfico de pessoas e a corrupção.

É possível observar a semelhança entre os dois gráficos e a tendência positiva entre o maior nível de observância das políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas e o aumento do índice de percepção em relação à corrupção (que corresponde ao menor nível de corrupção no país). Tanto com o índice CPI quanto com o índice CCOR é possível verificar uma correlação entre a corrupção percebida e a pontuação atribuída pelo 3P *Index* às políticas de prevenção do tráfico de pessoas, persecução dos traficantes e proteção das vítimas.

Mais uma vez, é importante destacar na correlação estatística entre as variáveis, duas a duas, os dados de um país em determinado ano que não possuíam valor correspondente atribuído na base de comparação foram excluídos da comparação entre os índices[25]. Ademais, conforme discutido anteriormente, esses gráficos representam a diferença na quantidade de dados válidos em cada índice, sendo que o gráfico resultante do cruzamento entre o CCOR e o 3P *Index* apresenta maior densidade que o cruzamento com o CPI, uma vez que o índice CCOR foi elaborado para todos os países, enquanto a abrangência do CPI foi sendo ampliada ao logo dos anos.

Conclusão: o que sugerem os números?

Esta pesquisa exploratória com base documental buscou representar graficamente os resultados dos testes realizados a partir da hipótese inicialmente proposta de que existe correlação entre os dados relativos às políticas de enfrentamento ao tráfico internacional de pessoas e aos níveis de corrupção percebida. Os dados analisados encontram-se disponíveis na rede mundial de computadores, para acesso público. A Plataforma *RStudio* de linguagem estatística é de código livre e também está acessível na internet. Teoricamente, qualquer pesquisador que utilizar os mesmos dados e aplicar um modelo de correlação semelhante ao utilizado aqui deverá alcançar os mesmos resultados quantitativos. No entanto, o que indicam os dados a partir da discussão proposta neste estudo?

Inicialmente, a correlação aplicada aos quatro índices identificados sugere que existe relação significativamente relevante entre o nível de corrupção percebida em cada país e a avaliação do esforço realizado no controle do tráfico de seres humanos. A distribuição dos dados concernentes a todos os países avaliados

25. Foram excluídos os resultados registrados no banco como N/A (*not avaiable)* e os resultados que não possuíam correspondente para o mesmo país e ano na base comparada. O impacto dessa exclusão não foi avaliado no presente estudo e deve ser verificado por equipes multidisciplinares.

por aqueles instrumentos, ao longo do período de 2001 a 2015, sugere a relação entre os países que possuem o maior nível de corrupção percebida e as piores avaliações quanto às políticas de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Dito de outra forma, quanto menor a percepção de corrupção, melhor o alinhamento das iniciativas antitráfico às diretrizes internacionais.

Não obstante os resultados observados, não se pretende apresentar conclusões definitivas sobre o tráfico de pessoas nem mesmo a definição exaustiva de fatores de risco para fenômenos multifatoriais e complexos. O presente estudo valeu-se, vale lembrar, de indicadores de percepção sobre a porção aparente da criminalidade estudada que remetem a estudos seminais que pretendem compreender os sentidos das práticas desviadas e à reação das instituições de definição e de controle. "A dificuldade mais persistente no estudo científico do comportamento desviante é a falta de dados sólidos, a escassez de fatos e informações em que basear nossas teorias (BECKER, 2008, p. 169)."

Ademais, o fascínio dos métodos quantitativos nas pesquisas criminológicas não deve levar, de forma irreflexiva, ao mito nomotético[26] nas ciências sociais (YOUNG, 2011, p. 73-77). Pesquisas como esta não supõem a adesão ao modelo do ator racional e sequer desvela os contextos em que os atores orientam suas ações, sentidos compartilhados, estratégias ou disputas. A ambição, embora menor, não é menos relevante. Com este estudo exploratório pretende-se adensar a compreensão sobre possíveis correlações entre o tráfico de seres humanos e corrupção. Acredita-se, assim, contribuir como marco inicial para futuras pesquisas que podem trazer novas frentes de análise à formulação de políticas públicas mais efetivas no controle do tráfico.

Referências

ARGANDOÑA, A. The United Nations Convention against Corruption and its impact on international companies. *Journal of Business Ethics,* n. 74, 2007.

AROMAA, Kauko. Trafficking in Human Beings: Uniform Definitions for Better Measuring and for Effective Counter-Measures. In: SAVONA, Ernesto U.; STEFANIZZI Sonia (Eds.). *Measuring human trafficking complexities and pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2001. p. 13-26.

26. "The nomothetic approach to the comparative methods looks for (...) universal patterns of behaviour, whereas the idiographic looks at the unique cultural circumstances of a behaviour or practice and forgoes generalization" (YOUNG, 2001, p. 74).

BACIO-TERRACINO, J. Corruption as a Violation of Human Rights. *International Council on Human Rights Policy,* p. 23-27, jan. 2008. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1107918]. Acesso em: 28.02.2017.

BALES, Kevin. What Predicts Human Trafficking? *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice,* v. 31, n. 2, p. 269-279, 2007.

BECKER, Howard S. *Outsiders:* estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 231p.

CHO, Seo-Young. Evaluating Policies against Human Trafficking Worldwide: An Overview and Review of the 3P Index. *Journal of Human Trafficking,* n. 1, p. 86-99. 2015.

CHO, Seo-Young. *Report on the 3P anti-trafficking policy Index 2015*. University of Marburg, 2016. Disponível em: [www.economics-human-trafficking.net]. Acesso em: 18.06.2018.

CHO, Seo-Young. *Measuring anti-trafficking policy:* integrating text and statistical analysis. Joint Discussion Paper Series in Economics. University of Malburg, Germany, p. 5-13, 2014. Disponível em: [www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/11-2014_cho.pdf]. Acesso em: 28.02.2018.

CHO, Seo-Young. Modeling for Determinants of Human Trafficking. *Economics of Security working paper.* Berlin: Economics of Security, n. 70, 2012.

CHO, Seo-Young. *The economics of human trafficking* (website). Disponível em: [www.economics-human-trafficking.org/data-and-reports.html]. Acesso em: 20.07.2018.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Orgs.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos*: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal. T. I. Brasília: ESMPU, 2016. 310p.

DAIRIAM, Shanthi. Promoting effective legal strategies to combat trafficking. *Promoting gender equality to combat trafficking in women and children*. Seminar co-organized by the Ministry for Foreign Affairs, Sweden and UNIFEM in co-operation with UNESCAP, Sweeden, out. 2002.

DI NICOLA, Andrea; CAUDURO, Andrea. In: SAVONA, Ernesto U.; STEFANIZZI, Sonia (Eds.). *Measuring human trafficking complexities and pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2001.

GAATW – Global Alliance Against Traffic in Women. *Human rights and trafficking in persons:* a handbook. Bangkok: Global Alliance against Traffic in Women, 2000.

GALLAGHER, Anne T. *The international law of human trafficking*. New York: Cambridge University Press, 2010.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Rape for profit*: trafficking of nepali girls and women to india's brothels, v. 12, n. 5, out. 1995. Disponível em: [www.hrw.org/reports/1995/India.htm]. Acesso em: 27.01.2017.

KANGASPUNTA, Kristiina. Collecting Data on Human Trafficking: Availability, Reliability and Comparability of Trafficking Data. In: SAVONA, Ernesto U.; STEFANIZZI, Sonia (Eds.). *Measuring human trafficking complexities and pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2001. p. 27-36.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues. *Hague Journal on the Rule of Law,* v. 3, n. 2, 2011.

KENDALL, Virginia M. Greasing the Palm: An Argument for an Increased Focus on Public Corruption in the Fight Against International Human Trafficking. New York, *Cornell International Law Journal,* v. 44, p. 33-47, 2011.

LEVINE David M. et al. *Estatística:* teoria e aplicações. Rio de Janeiro, LTC, 2008.

LYDAY, Corbin B. *The shadow market in human beings:* an anti-corruption perspective. 10th International Anti-corruption Conference. Prague, 2001. Disponível em: [www.10iacc.org/content.phtml?documents=111&art=134]. Acesso em: 20.07.2018.

MACHADO Bruno A.; VIEIRA, Priscilla B.S. O controle penal do tráfico de pessoas: construção jurídica, interações organizacionais e cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional,* v. 13, n. 3, p. 485-503, 2016.

MACHADO Bruno A.; ZACKSESKI, Cristina.; RAUPP, Rene Mallet. A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma análise exploratória do sistema de Justiça Federal. *Revista brasileira de ciências criminais,* n. 118, p. 299-329, 2016.

NIST/SEMATECH. *e-Handbook of Statistical Methods*. Disponível em: [www.itl.nist.gov/div898/handbook/eda/eda.htm]. Acesso em: 20.07.2018.

PETERS, A. Corruption and Human Rights. *Basel Institute on Governance – Working Paper,* n. 20, set. 2015. p. 13. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=2635443]. Acesso em: 28.02.2017.

RICHARDS, Kathy. The trafficking of migrant workers: what are the links between labour trafficking and corruption? *International Migration,* v. 42, n. 5, 2004.

SAVONA Ernesto U.; STEFANIZZI, Sonia (Eds.). *Measuring human trafficking complexities and pitfalls*. New York: Springer – INPAC, 2001.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-Corruption Glossary Corruption* Disponível em: [www.transparency.org/glossary/term/corruption]. Acesso em: 11.04.2020.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perception. *Index – 2015*. Data and Methodology. Disponível em: [www.transparency.org/cpi2015/]. Acesso em: 21.03.2018.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Human Rights and Corruption. *Working paper* 05/2008. Disponível em: [www.transparency.org/whatwedo/publication/working_paper_no._5_2008_human_rights_and_corruption]. Acesso em: 28.02.2018.

UN.GIFT. United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking. 020 Workshop: Corruption and Human Trafficking: The Grease that Facilitates the Crime. *The vienna forum to fight against human trafficking. background paper.* Viena, fev. 2008.

WORLD BANK GROUP. *Governance and law*. Washington, D.C., World Bank Publications, 2017.

WOUTERS, J.; RYNGAERT, C.; CLOOTS, A. S. The fight against corruption in international law, leuven centre for global governance studies. *Working paper*, Leuven, n. 94, jul. 2012.

YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2011.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: estatística aplicada ao direito. *Direito e Liberdade,* v. 16, n. 1, p. 73-86, 2014.

Documentos e Relatórios Oficiais

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão Pública. Programa – GESPÚBLICA. *Instrumento para Avaliação da Gestão Pública-250 Pontos,* Brasília, MP, SEGEP, 2015. Versão 1/2016.

COUNCIL OF EUROPE. *Trafficking in human beings and corruption and trafficking in human beings*. Programme against Corruption and Organized Crime in South-eastern Europe – PACO Networking. Report on a regional seminar held in Portoroz, Slovenia (June 2002) (PACO TP 28), 90p. Disponível em: [http://lastradainternational.org/lsidocs/297%20Trafficking%20and%20Corruption%20(PACO).pdf]. Acesso em: 27.06.2018.

OECD. Trafficking in persons and corruption – breaking the chain. *OECD Public Governance Reviews,* Paris, OECD Publishing, 2016.

ONU-CDH – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório elaborado por Vitit Muntarbhorn,* Special Rapporteur*, de acordo com a Resolução 1993/82, da Comissão de Direitos Humanos, sobre venda de crianças, prostituição e pornografia infantil*. E/CN.4/1994/84, 14 jan. 1994.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. *Tráfico de pessoas:* uma abordagem para os direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

THE WORLD BANK GROUP. Methodology. In: *Worldwide Governance Indicators* (WGI). Disponível em: [http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#doc-methodology]. Acesso em: 08.06.2018.

THE WORLD BANK GROUP. Control of Corruption. In: *Worldwide Governance Indicators* (WGI). Disponível em: [http://info.worldbank.org/governance/wgi/cc.pdf]. Acesso em: 08.06.2018.

UNITED NATIONS. *Preliminary report on Corruption and its impact on the full enjoyment of human rights, in particular, economic, social and cultural rights*. E/CN.4/Sub.2/2004/23. Disponível em: [http://digitallibrary.un.org/record/526111/files/E_CN.4_Sub.2_2004_23-EN.pdf]. Acesso em: 27.02.2018.

UNGA. United Nations General Assembly. *United Nations Global Plan of Action to Combat Trafficking in Persons – A/RES/64/293*. New York: ago. 2010. Disponível em: [www.un.org/en/ga/64/resolutions.shtml]. Acesso em: 01.03.2018.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2016*. New York: UN Publication, 2016. 121p. Disponível em: [www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf]. Acesso em: 28.07.2018.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2014*. New York: UN Publication, 2014. 86 p. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf]. Acesso em: 28.02.2018.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. *Global Report on Trafficking in Persons 2012*. New York: UN Publication, 2012. 98p.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. *The Role of Corruption in Trafficking in Persons*. Vienna: United Nations, 2011. Disponível em: [www.unodc.org/documents/human-trafficking/2011/Issue_Paper_-_The_Role_of_Corruption_in_Trafficking_in_Persons.pdf]. Acesso em: 27.01.2018.

UNITED STATES. *Trafficking Victims Protection Act of 2000* (TVPA). Disponível em: [www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm]. Acesso em: 20.07.2018.

UNITED STATES. Department of State. *Trafficking in Persons Report – 2016*. Disponível em: [www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2016/]. Acesso em: 28.07.2018.

UNITED STATES. Department of State. *Trafficking in Persons Report – 2015*. Disponível em: [www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2015/243361.htm]. Acesso em: 28.07.2018.

UNITED STATES. Department of State. *Trafficking in Persons Report* – 2010. Disponível em: [www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2010/]. Acesso em: 28.07.2018.

UNITED STATES. Department of State. *Trafficking in Persons Report* – 2004. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/34158.pdf]. Acesso em: 28.07.2018.

UNITED STATES. Department of State. *Trafficking in Persons Report* – 2001. Disponível em: [www.state.gov/documents/organization/4107.pdf]. Acesso em: 28.07.2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil, de Fernando Salla – *RBCCrim* 71/364-390 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/843-862 (DTR\2008\171); e
- Lei Anticorrupção e lavagem de dinheiro, de Fausto Martin de Sanctis – *RT* 947/213-235 (DTR\2014\9951).

Vieira, Priscilla Brito Silva; Machado, Bruno Amaral. Tráfico internacional de pessoas e corrupção: uma simbiose invisível. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 169. ano 28. p. 289-320. São Paulo: Ed. RT, julho 2020.

Criminalização da Homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista

Criminalization of homophobia in the Brazilian Constitutional Court: "social racism" and sexist discrimination

Roger Raupp Rios

Doutor em Direito pelo PPGD/UFRGS (2004). Mestre em Direito pelo PPGD/UFRGS (2000). Bacharel em Direito pela UFRGS (1993). Professor e Pesquisador do PPGD/Unisinos. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5105-3861
roger.raupp.rios@gmail.com

Lawrence Estivalet de Mello

Doutor em Direito pelo PPGD/UFPR (2020). Mestre em Direito pelo PPGD/UFPR (2015). Bacharel em Direito pela UFPEL (2012). Bacharel em Filosofia pela UFPR (2017). Professor da Faculdade de Direito da UFBA. Professor do curso de Direito da Universidade Positivo. Pesquisador do Núcleo Direito Cooperativo e Cidadania, vinculado ao PPGD/UFPR (Curitiba/PR). Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2882-4883
lawrence.emello@gmail.com

Recebido em: 06.12.2019
Aprovado em: 08.03.2020
Última versão dos autores: 22.04.2020

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal.

Resumo: O artigo problematiza a qualificação jurídica da homotransfobia como "racismo social", na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2019. Desenvolve pesquisa qualitativa conceitual, que se justifica pelo crescimento dos atos de violência no país e pelo reconhecimento da omissão institucional realizado pela ADO 26. Sustenta que a compreensão da homotransfobia

Abstract: This paper addresses the Brazilian Constitutional Court decision on criminalization of homophobia as "social racism". Taken into account the increase of widespread homophobic violence throughout the country, it argues, through qualitative conceptual research, that the forbidden of sex discrimination encompasses sexual orientation and gender identity discrimination, as well as the need of a broad range of initiatives

como discriminação por motivo de sexo é mais adequada e deve ser conjugada com políticas públicas, em especial no âmbito dos direitos sociais, para alcançar os objetivos antidiscriminatórios almejados.

and public policies in order to overcome such discrimination.

Palavras-chave: Direito da antidiscriminação – Criminalização da homotransfobia – Discriminação sexual – Racismo social.

Keywords: Anti-discrimination law – Criminalization of homophobia – Sexual discrimination – Social racism.

Sumário: 1. Introdução. 2. A criminalização da homotransfobia: necessidade e omissão legislativa. 3. Homotransfobia como "racismo social". 4. Criminalização da homotransfobia e discriminação por motivo de sexo. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Dentre os desafios à efetividade dos direitos humanos e fundamentais mundo afora, e em especial no Brasil, está o enfrentamento da homotransfobia. Nem diante de iniciativas sociais e políticas, nem de jurisprudência reconhecedora das uniões estáveis homossexuais e do direito à identidade de gênero, tal violência arrefeceu; ao contrário, as fontes disponíveis indicam um aumento, como se verá. Daí a urgência da criminalização da homotransfobia, que se notabiliza diante da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a mora parlamentar na tipificação penal e decidiu em favor da incriminação como "racismo social" (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26).

Este artigo objetiva, a partir da necessidade da incriminação da homotransfobia e da respectiva omissão legislativa (primeira parte), analisar a proposição da discriminação contra homossexuais e transgêneros como "racismo social" (segunda parte), em especial contrastando esse caminho à previsão penal proibitiva de discriminação por motivo de sexo, cuja vigência, aptidão e adequação apresentam-se mais consentâneos ao enfrentamento penal reclamado (terceira parte).

Busca-se a adequada qualificação jurídica da discriminação homotransfóbica. Problematiza-se a compreensão da homotransfobia como racismo social, realizada pela ADO 26, como um alargamento excessivo do conceito de racismo. Tem-se como hipótese, em sentido diverso, que a homotransfobia é espécie de discriminação sexista. Para fundamentar essa compreensão, desenvolve-se pesquisa qualitativa conceitual, que se justifica pelo crescimento dos atos de violência no país, que se fazem acompanhar do reconhecimento da omissão institucional pela ADO 26.

Trata-se de analisar as possíveis soluções jurídicas a esta omissão, a partir da análise conceitual e da compreensão jurídica da violência homotransfóbica em outros países, como nos Estados Unidos, no Canadá e no direito comum europeu. Saudando a importância e louvando o compromisso da decisão do STF com a democracia, os direitos fundamentais e a luta contra a homotransfobia, busca-se contribuir para o desenvolvimento cada vez mais sólido do direito da antidiscriminação no Brasil, em tempos desafiadores como o presente.

2. A criminalização da homotransfobia: necessidade e omissão legislativa

Analisar a intensificação da homotransfobia[1] é como enxergar mais longe, portando-se sobre os ombros de nossos mortos[2], pois se apresenta em um caminhar sobre uma história de violências odiosas, distinguíveis pelo signo da crueldade, cujo pêndulo transita entre episódios de agressão psicológica, torturas, homicídios e tentativas de homicídio.

Intensa polêmica se instaurou no campo crítico do direito sobre a criminalização da homotransfobia, em especial a partir da crítica do abolicionismo penal. Maria Lúcia Karam (1996) relata que a defesa de criminalizações por parte dos movimentos feminista e ambiental ocorreu como forma de adesão à ideologia da repressão, da lei e da ordem, compatível com um tempo de "decepção enfraquecedora das utopias" e "necessidade de criação de novos inimigos". Aline Santana (2014) apresenta um conjunto de críticas à criminalização, como a persistência das condutas, o caráter de classe do sistema penal e o crescimento dos "empregos úteis" em assessorias, institutos, na sociedade civil e no campo parlamentar.

Em outro sentido, é possível ponderar a pertinência da criminalização da homofobia, a partir de indicações estratégicas para uma política criminal das classes subalternas (BARATTA, 2002) ou do ponto de vista de uma criminologia *queer* (CARVALHO, 2012). A perspectiva *queer* para a criminologia diferencia

1. Neste artigo, as expressões "LGBT" e "homotransfobia" serão utilizadas conforme o significado adotado pelo relator da ADO 26: a primeira, designando lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais; a segunda, abrangendo a homofobia e a transfobia (BRASIL, 2019).
2. "Caminhar sobre os mortos" foi a alegoria utilizada pela psicanalista Letícia Lanz, mestra em Psicologia pela UFPR e ativista do movimento trans, em evento realizado em Curitiba, em homenagem à Professora Victória Vieira, mulher trans, professora da Escola de Direito da Universidade Positivo, que faleceu no ano de 2018.

dimensões e modelos de criminalização. No que importa a este artigo, a dimensão negativa se refere à limitação da intervenção penal nas esferas da saúde e das liberdades fundamentais, de modo a evitar a repressão histórica da diversidade sexual, que ainda hoje se mostra presente em diversos países e só recentemente declarada incompatível com a Constituição no Brasil (RIOS, SCHAFER e BORBA, 2012). A dimensão positiva, por sua vez, diz respeito à demanda pela criminalização legítima, sem deixar de analisar, concretamente, cada estratégia político-criminal eleita.

Conforme pondera Carvalho (2012, p. 200), há que se ter em mente a discriminação na proteção insuficiente contra a violência homotransfóbica, se comparada àquela proteção contra a violência racista e machista, sendo necessário ir além da mera especificação da violência homotransfóbica e debater "(...) os instrumentos legais e os efeitos jurídico-penais decorrentes desta diferenciação" (CARVALHO, 2012, p. 203). Aponta-se para a criminalização da violência homotransfóbica tendo presente um modelo mais próximo à Lei Maria da Penha do que à Lei 7.716/1989, pois o conjunto das medidas, em especial de proteção especial à vítima, encoraja as denúncias e o debate público, em sentido oposto ao modelo da Lei 7.716/1989 (CARVALHO, 2012, p. 205).

A percepção a respeito da opinião pública à liberdade sexual não se comprova nos dados da realidade e, por isso, o embate público de ideias, para a afirmação da igualdade sexual, não é algo secundário. Na cidade de São Paulo, por exemplo, pesquisa registrou que 43% dos paulistanos é contrário a beijos e abraços de pessoas LGBT[3] em locais públicos, e 38% dos paulistanos entende que a população LGBT não deve beijar-se ou abraçar-se em frente a seus familiares (IBOPE INTELIGÊNCIA, 2018, p. 19). A vigilância, a normalização e os dispositivos de controle e produção das sexualidades levam o sujeito LGBT a construir uma trajetória de vida em que a instabilidade de seus direitos fundamentais e a possibilidade de expulsão da família ou do trabalho são constantes. Constitui-se um grupo de pessoas mais conformadas à extração forçada de trabalho e à violação de privacidade sexual, ou seja, um precariado acostumado à invisibilização e à ofensa moral, dadas as condições materiais de subsistência que o lançam prematuramente da família ao trabalho.

Há que se destacar a sinergia nefasta entre a opinião pública homofóbica, a ausência de dados sobre o tema e a não criminalização da homotransfobia, útil à

3. Neste artigo, as expressões "LGBT" e "homotransfobia" serão utilizadas conforme o significado adotado pelo relator da ADO 26: a primeira, designando lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais; a segunda, abrangendo a homofobia e a transfobia (BRASIL, 2019).

manutenção da condição de precariedade de direitos e alvo de violências dirigidas contra a população LGBT. Trata-se, justamente, de entender a política antidiscriminatória como concretização de direitos fundamentais cuja abrangência não exclui, mas ultrapassa o âmbito do direito penal. Devem-se ter em conta as repercussões no direito constitucional, no direito do trabalho e no direito de família, em especial quando o foco da política antidiscriminatória é o acolhimento das vítimas, e não apenas a responsabilização dos autores dos atos de discriminação (RIOS; MELLO, 2015).

É pertinente, assim, avaliar até mesmo os impactos que a criminalização da homotransfobia potencialmente produzirá, ao induzir a criação de dados oficiais e atendimentos especializados, para elaboração de um diagnóstico mais preciso sobre o cenário de homofobia no país, sem prejuízo de manter uma visão crítica do sistema penal. As funções da pena na sociedade capitalista[4] levam à necessidade de adoção de uma política criminal que se responsabilize pela tutela das vítimas de homofobia, por exemplo com a construção de políticas de saúde, educação e moradia.

O Atlas da Violência 2019, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, tem uma importância fundamental para a compreensão da intensificação das violências físicas e simbólicas contra pessoas LGBT no Brasil. É o primeiro documento oficial de um instituto de pesquisa público[5], que reconhece a "invisibilidade desse problema sob o ponto de vista da produção oficial de dados e estatísticas" (IPEA, 2019, p. 53).

4. Em diálogo com Baratta (2002), Rios e Mello (2015) advertem sobre cuidados estratégicos que devem ser levados em consideração, para o desenvolvimento de uma política criminal alternativa quanto ao combate da homofobia. Essa política, na visão dos autores, deve visar à transformação de instituições e da sociedade, e não ao mero crescimento da seletiva função punitiva do Estado: "A primeira indicação estratégica concerne à função do direito penal na estrutura da sociedade capitalista. Os comportamentos socialmente negativos das classes subalternas são 'expressões específicas das contradições que caracterizam a dinâmica das relações de produção e de distribuição, (...) na maioria dos casos uma resposta individual e politicamente inadequada àquelas contradições'. Os das classes dominantes, em outro sentido, referem-se a 'processos legais e ilegais da acumulação e da circulação do capital e entre estes processos e a esfera política'. Diferencia-se programaticamente, assim, política penal de política criminal. Esta é uma 'política de transformação social e institucional'; aquela é uma resposta circunscrita ao âmbito do 'exercício da função punitiva do Estado'" (RIOS; MELLO, 2015).

5. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada é uma fundação de direito público, vinculada ao Ministério da Economia. Importante ressalva deve ser feita quanto à produção de dados por grupo da sociedade civil e, portanto, de natureza jurídica de direito

O relatório representa um momento de ruptura do instituto com o estado de coisas discriminatório em relação à produção de dados oficiais sobre a população LGBT, o que é realizado com exemplificação de dimensões concretas da ausência de dados, pelo IBGE e pelas polícias, com posicionamento explícito pela necessidade de reconhecimento estatal da problemática da violência homofóbica:

> "Por exemplo, não sabemos sequer qual é o tamanho da população LGBTI+ (o que inviabiliza qualquer cálculo de prevalência relativa de violência contra esse grupo social), uma vez que o IBGE não faz qualquer pergunta nos seus *surveys* domiciliares sobre a orientação sexual. Por outro lado, as polícias (em geral), nos registros de violência, também não fazem qualquer classificação da vítima segundo a orientação sexual, assim como não existe tal característica nas declarações de óbito. Portanto, torna-se uma tarefa extremamente árdua dimensionar e traçar diagnósticos para produzir políticas públicas que venha a mitigar a violência contra a população LGBTI+ (ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019, 2019, p. 53)."

O IPEA e o FBSP colheram informações junto Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), sobre o número de lesão corporal, número de tentativa de homicídios e o número de homicídios de pessoas LGBTs, a partir das denúncias recebidas pelo Disque 100, e junto ao Sinan (Sistema Nacional de Agravos e Notificação)[6], onde observaram uma tipologia da violência cometida contra as vítimas, que engloba desde a agressão física e psicológica até a tortura.

Considerando que as duas bases de dados utilizadas pelo Atlas são as denúncias (MMFDH) e os casos (SINAN[7]), a análise sistemática revela importantes

---

privado. O GGB (Grupo Gay da Bahia) "há 39 anos vem fazendo um levantamento do número de pessoas assassinadas por questões homofóbicas, com base em notícias publicadas na imprensa, na internet e informações pessoais compartilhadas com o grupo" (ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019, 2019, p. 53).

6. Conforme descrito no Portal *on-line* do Ministério da Saúde: "O Sistema de Informação de Agravos de Notificação – Sinan é alimentado, principalmente, pela notificação e investigação de casos de doenças e agravos que constam da lista nacional de doenças de notificação compulsória (Portaria de Consolidação 4, de 28 de Setembro de 2017, anexo V – Capítulo I) (...). Sua utilização efetiva permite a realização do diagnóstico dinâmico da ocorrência de um evento na população, podendo fornecer subsídios para explicações causais dos agravos de notificação compulsória, além de vir a indicar riscos aos quais as pessoas estão sujeitas, contribuindo assim, para a identificação da realidade epidemiológica de determinada área geográfica" (BRASIL, 2019c).
7. A identificação dos casos, pelo SINAN, ocorre a partir da Política Nacional de Combate à Homofobia e da ficha de notificação individual denominada "SINAN 5.0". Como o

elementos para a compreensão e o combate à homofobia. Diariamente, ao menos cinco pessoas LGBTs noticiam ter sofrido violência no Brasil. Foram 423 denúncias de lesão corporal, apenas no ano de 2017. As denúncias de homicídio e de tentativas de homicídio crescem ano a ano, no recorte temporal descrito pela pesquisa pública. Em 2017, foram noticiados 193 homicídios e 26 tentativas de homicídio. Já as denúncias de violência e de lesão corporal atingiram o número máximo em 2012 (3031 denúncias de violência; 783 denúncias de lesão corporal) e, desde então, têm permanecido próximas ao número de 2000 denúncias anuais de violência – 1983 em 2015, 1876 em 2016, 1720 em 2017 (ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019, 2019, p. 54 e 55).

Os casos registrados pelo Sistema de Vigilância de Violências (Viva), instituído em 2006 pelo Ministério da Saúde como um componente da Vigilância Contínua (Viva Contínuo/Sinan), possuem uma quantidade numérica mais significativa: foram seis mil casos de violência em 2017, mais da metade classificados como violência física, 1400 como violência psicológica, cerca de 200 casos de tortura e mais de 600 outros casos (ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019, 2019, p. 62 e 63). Pode-se mensurar, dessa forma, que são mais de 16 casos de violência física, por dia, que chegam ao Sinan, dentro os quais mais de um dos atos de violência, a cada dois dias, será realizado mediante tortura.

Tais registros, cuja quantidade e intensidade reforçam a consciência quanto à necessidade de respostas antidiscriminatórias, se apresentam no contexto brasileiro e latino-americano, nos quais a compreensão das dinâmicas culturais, sociais e políticas do gênero e da sexualidade[8], irredutíveis a um modelo único,

Portal *on-line* do Ministério da Saúde explica: "A Secretaria de Vigilância em Saúde liberou a versão do SINAN 5.0 a partir de outubro de 2014. Com essa nova versão do sistema, a ficha de notificação de violências passou por alterações. A ficha do SINAN 5.0 é denominada Ficha de Notificação Individual de Violência Interpessoal/Autoprovocada (segue anexa). Foram incluídos os seguintes campos na ficha: campo 31 – nome social; campo 34 – orientação sexual; campo 35 – identidade de gênero; campo 53 – essa violência foi motivada por; e campo 62 – ciclo de vida do provável autor da agressão. As alterações na ficha buscam atender ao disposto na Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT), ampliando o objeto da notificação, incorporando as violências por motivação homo/lesbo/transfóbica" (BRASIL, 2019d).

8. Na literatura especializada, há riquíssimos inventários e dossiers sobre a homossexualidade na América latina (BERGMANN & SMITH, 1995; MOLLOY & IRWIN, 1998; CHÁVEZ-SILVERMAN & HERNÁNDEZ, 2000; ICONOS, 2011; DEBATE FEMINISTA, 1997; REVISTA IBEROAMERICANA DE LA UNIVERSIDAD DE PITTSBURG, 2008; MISKOLCI & SIMÕES, 2007; CORRALES & PECHENY, 2010). Este esforço de

têm uma história não só de violência contra práticas e identidades divorciadas da heterossexualidade normativa, como também de lutas e esperanças por respeito e reconhecimento das diferenças e da diversidade (PECHENY & LA DEHESA, 2011; CORRÊA, S., & PARKER, R., 2011).

Desse modo, considerando diversos elementos, modelos e concepções de mundo, salientam-se e se relacionam comportamento sexual (atividade/passividade), matrizes culturais (holismo/individualismo) e modelos de construção das identidades sexuais (hierárquico/igualitário), entrecruzados na articulação de vários fatores (tais como raça, classe social e religião)[9], tendo sempre presente os riscos de perspectivas colonialistas, calcadas na dicotomia oriente/ocidente, em que a homossexualidade, na América latina, é historicamente representada como a manifestação exótica de uma alteridade subalterna em face do ocidente evoluído e desenvolvido (CARRARA & SIMÕES, 2007).

Essa compreensão aproxima-se da teoria "queer", entendida como um saber que critica os binarismos e os desconstrói (BUTLER, 1990; LOURO, 2001). Mais do que afirmar uma determinada e definida identidade sexual, propõe-se vislumbrar a complexidade e a riqueza das realidades sociais, políticas e culturais latino-americanas que constituem o contexto em que a homossexualidade, no articular mais amplo do gênero como categoria analítica (SCOTT, 1986), é vivida e plasmada como modo de ser e de estar no mundo (VIVEROS VIGOYA, 2011; VITERI & SERRANO & VIDAL-ORTIZ, 2011). Tem-se uma manifestação do "entre lugar do discurso latino-americano" (SANTIAGO, 2000), que não pode ser contida no rótulo identitário (TREVISAN, 2000: 40), na linha da mestiçagem (MONTECINO, 1996) e da antropofagia cultural (PELÚCIO, 2014), como

compreensão também se manifesta nas propostas de tradução do termo "queer" quando empregado na região (Foster, 2008; Sutherland, 2014; Castellanos & Viteri, 2013), nas quais, mais que destacar os efeitos produzidos no plano das subjetividades dos indivíduos, a singularidade latino-americana, ao veiculá-lo, busca "... desvelar as relações de poder instituídas pela interação dos fatores classe, raça, gênero e etnia. Abrem-se as portas para a superação de perspectivas colonizadoras e também das estratégias de assimilação pelo mercado e de controle institucional, em especial pelos saberes científicos hegemônicos e pela ordem jurídica formal (VEGA SURIAGA, 2011).

9. A homossexualidade, no contexto latino-americano, será forjada a partir da lógica predominante em cada grupo social: na perspectiva holista (tradicional, não racional, relacional e familista), predominante nas classes populares, observando a oposição masculidade/atividade sexual e feminilidade/passividade sexual; na individualista (moderna, racional, individualista e igualitária), prevalente nas classes médias e abastadas, afirmando a existência e a igualdade das identidades hetero e homossexuais (BENEDETTI, 2005; HEILBORN & GOUVEIA, 1999).

a figura do "michê-macho" ou do "michê-mesmo" ilustra de modo emblemático, quanto à proliferação, confusão, mutabilidade e precariedade das categorias (PERLONGHER, 1987:22).

Revelam-se, assim, os desafios para a compreensão, como também o forte hiato existente entre a violência sofrida e a capacidade de denúncia da população LGBT: foram noticiados três vezes mais casos do que denúncias, no ano de 2016; também se observa que os casos aumentam entre 2015 e 2016, ao passo que as denúncias diminuem no mesmo período. Os indícios não permitem uma posição definitiva, mas é razoável especular que o crescimento da violência não é acompanhado do crescimento de denúncias pelo forte descrédito do Estado brasileiro no combate às violências homofóbicas, dada a sua inércia histórica na produção de políticas públicas consistentes sobre a temática.

Mesmo diante de tão graves índices, a recomendar estratégias amplas de enfrentamento, onde se insere a criminalização da homotransfobia, o que se constata é a omissão legislativa, dado que desde 2001 tramitam projetos de lei que visam à criminalização da conduta homotransfóbica. O primeiro deles foi o PL 5003/2001, originado na Câmara dos Deputados, que determinava sanções contra práticas discriminatórias, realizadas em razão da orientação sexual. O mais conhecido, entretanto, foi o PL 122/2006, resultante da conversão do PL 5003/2001 no Senado, e buscava alterar a Lei 7.716/1989 (Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), o crime de injúria qualificada, previsto no Código Penal (art. 140, § 3º) e a discriminação para acesso ou permanência no emprego, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 5º), para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Tais projetos de lei nunca foram votados, sendo o PL 122/2006 arquivado em dezembro de 2014.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, de autoria do PPS (Partido Popular Socialista), solicita o reconhecimento de que

> "a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo (...), de sorte a enquadrá-las na ordem constitucional de criminalizar o racismo constante do art. 5º, inc. XLII, da CF/88 (PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, 2013, p. 94)."

E, considerando tal mandamento constitucional de criminalização, que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia, para que seja fixado prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora da homofobia e da transfobia. Apenas decorrido esse prazo sem a criminalização específica ou no

caso de o STF entender desnecessária a concessão de prazo, é postulada pelo PPS a tipificação de condutas por decisão do STF, em exercício de atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Poder Legislativo (PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, 2013).

"Uma pessoa que acordou"[10], logo ao início do julgamento da ADO 26, pediu o *impeachment* de Ministros do STF, por ataque à separação de poderes, supostamente cometida no caso. Outro subscritor do pedido afirma que a criminalização da homofobia é a "nova estratégia para acabar com a liberdade de expressão e religiosa"[11], ao tornar "qualquer tipo de homofobia" crime. "Perde a paz"[12] o parlamentar que, até pouco tempo, presidia Comissão que aprovou a possibilidade de "cura gay"[13]. No entanto, tais manifestações são tidas como parte do cenário habitual da Câmara dos Deputados, em processo de normalização que é expressão particular de um cenário de desrespeito prolongado a direitos fundamentais.

A mora do Poder Legislativo é tão forte que o Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADO 26, resolveu por acolher em parte o pedido do PPS, relativo à fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional criminalizasse, de forma específica, a homofobia e a transfobia, equiparando tais violências, desde já, ao crime de racismo.

---

10. MATTOS, Marcela. "Sou uma pessoa que acordou" – Deputada do partido do presidente Bolsonaro fala à Veja e defende confronto com o STF. In: *Veja Online*. 22 mar 2019, 07h00. Disponível em: [https://veja.abril.com.br/politica/sou-uma-pessoa-que-acordou]. Acesso em: 10.06.2019.
11. FELICIANO, Marco. "*A mais nova estratégia para acabar com a liberdade de expressão e religiosa será julgada no STF no dia 13/02. a ADO 26 que torna Qualquer tipo de 'Homofobia' crime de racismo*! a nova PL122!". Twitter: @marcofeliciano. Disponível em: [https://twitter.com/marcofeliciano/status/1095067155773751296]. 11.02.2019. Acesso em: 10.06.2019.
12. "'A gente queria que esse assunto morresse amanhã. Que os ministros entendessem que não houve omissão do Congresso e que a partir de então as questões de costumes (ficasse no Congresso) (…) Quem faz leis é o Congresso. Cada casa com o seu poder, chega de interferência nos poderes. *Precisamos de paz'*, disse Feliciano". (MOURA, R. M.; PUPO, A. Queria que o assunto morresse, diz Feliciano sobre criminalizar homofobia. In: *Veja Online*, 13 fev 2019. Disponível em: [https://exame.abril.com.br/brasil/queria-que-o-assunto-morresse-diz-feliciano-sobre-criminalizar-homofobia]. Acesso em: 05.06.2019 [grifos nossos].
13. PRAGMATISMO POLÍTICO. *'Cura gay' é aprovada em Comissão presidida por Feliciano*. Disponível em: [www.pragmatismopolitico.com.br/2013/06/cura-gay-e-aprovada-em-comissao-presidida-por-feliciano.html]. Acesso em: 11.06.2019.

3. Homotransfobia como "racismo social"

O voto do relator na ADO 26/MI 4733 (BRASIL, 2019), seguido pela maioria dos julgadores, concluiu pelo enquadramento da homotransfobia nos tipos penais da Lei 7716/89, por considerar tais práticas como espécies do gênero "racismo social", invocando o decidido no HC 82.424/RS ("caso Ellwanger"). Dada a mora inconstitucional do Parlamento na prestação legislativa em face de mandados constitucionais de incriminação (CRFB/1988, art. 5º, XLI e XLII), procedeu à interpretação da referida lei penal conforme a Constituição, salientando a compreensão da "(...) existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de 'raça'". Não vislumbrou inovação penal no ordenamento jurídico, nem interpretação analógica e gravosa de normas penais existentes.

Não há como negar a magnitude e a urgência do direito constitucional à não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, dada a intensidade de sua violação e as consequências deletérias da mora legislativa. Por outro lado, há que se evitar efeitos colaterais indesejáveis, sobre os quais não faltou atenção no voto do relator, quanto à fragilização da garantia da legalidade estrita na tipificação penal, essencial no regime democrático. Ao mesmo tempo, entrelaçando as dimensões fáticas e normativas dessa delicada equação antidiscriminatória, a polissemia atribuída à proibição do racismo também suscita indagação, não só quanto à interpretação do caso Ellwanger, mas em especial acerca das compreensões do racismo, da homofobia e da dinâmica dos critérios proibidos de discriminação.

O primeiro desafio diz respeito à compreensão do "racismo social", que seria expressão normativa apta a abarcar não só o racismo propriamente dito, mas também a homotransfobia e outras discriminações. É o que se pode apreender, não só na fixação do sentido de 'raça' como

> "(...) uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social (...) (BRASIL, 2019, p. 97),"

como também da assertiva de "essencial correspondência que reúne, sob a mesma lógica discriminatória, todas as formas de preconceito e intolerância contra grupos sociais" (BRASIL, 2019, p. 81).

Sem aqui pormenorizar a leitura do caso Ellwanger, o que de lá se extrai, salvo melhor juízo, é a adoção de uma concepção socioantropológica do racismo e

da raça, em contraposição à posição essencialista e biológica sobre raça, pretendida pela defesa a fim de esvaziar a acusação de antissemitismo. Afora uma menção do Min. Nélson Jobim listando racismo e homofobia ao falar de preconceito e de ódio (BRASIL, 2004, fl. 973), de modo mais aberto e genérico ao final dos debates, da leitura do julgado não se depreende compreensão tão dilatada do conceito de racismo. Ao contrário: no caso Ellwanger as referências de direito internacional incorporadas ao direito brasileiro, como também aquelas conceituais, circunscrevem a extensão do conceito jurídico constitucional de racismo à hierarquização que se dá em virtude de raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica, com atribuição de identidade racial inferiorizante da determinados grupos.

No mesmo diapasão, nas ciências sociais há amplo consenso quanto à especificidade e a distinção entre diversas espécies de discriminação, sem confundi-las com a compreensão do fenômeno discriminatório em si e considerado amplamente (ALLPORT, 1979; DOVIDIO, HEWSTONE, GLICK E ESSES, 2013), o que reclama o cuidado ao distinguir o gênero de suas espécies. Tanto que racismo e a raça dizem respeito à ascendência étnica (BETHENCOURT, 2018) e a características físicas (SANTOS, 2012), conceitos articulados de variadas formas (POUTIGNAT E STREIFF-FERNART, 1995), ao passo que sexismo e homofobia reportam-se à imputação sexuada dos indivíduos e grupos, seja para a auto e heteroidentificação, seja para estabelecer hierarquias heterossexistas (BORRILLO E BARBOZA, 2016). Essa distinção também não escapou a Daniel Borrillo (2010, p. 38-39), que, não obstante tais opressões específicas apresentarem lógica de dominação semelhante, salienta diferenças significativas entre a homofobia e o racismo, dado que a homofobia é forma específica de sexismo (BORRILLO, 2010, p. 34).

A busca pela compreensão mais adequada do conceito de racismo relaciona-se com o significado dos tipos penais da Lei 7.716/89 e com o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição. Considerando a fundamentação do caso Ellwanger, que explicita a incorporação dos conceitos normativos de raça e de racismo referidos a processos de dominação por raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica como marcadores sociais de diferença, também mostra-se polêmica, a proposição de que qualquer forma de 'fobia', dirigida ao ser humano, pode ser manifestação 'racista'. Sem avançar sobre a mais adequada nomeação das opressões e discriminações (se associadas a psiquismos – "fobias" – ou a sistemas sociais de dominação – "ismos"), há consenso na literatura especializada não só sobre o racismo referir-se a "uma forma de organização e de exclusão baseada na suposta existência de raças superiores e inferiores, de raças valorizadas e de raças depreciadas" (D'ADESKY, 2001:36), como também ser

resultante de processos sociais de racialização de indivíduos e grupos humanos, no que se distingue de "qualquer forma de fobia" (GUIMARÃES, 1999; ALENCASTRO, 1985).

A amplitude conceitual do "racismo social" revela-se, portanto, espinhosa, seja à luz da literatura especializada das ciências sociais, seja normativamente. Isso porque a própria Lei 7.716/89 distingue outras modalidades discriminatórias (etnia, religião ou procedência nacional) em face do racismo, revelando que a especificação dos diversos critérios proibidos de discriminação e as respectivas formas de discriminação não é aleatória, muito menos pleonástica. Na história do direito da antidiscriminação, a cada momento em que explicitados e adicionados um a um os diversos critérios proibidos de discriminação, o que transparece (SCHIEK, WADDINGTON E BELL, 2007, p. 33) é a luta por reconhecimento daqueles cujas opressões não eram sequer percebidas (FRASER E HONNETH, 2003) ou, mais grave ainda, contra quem deliberadamente se quis excluir da proteção antidiscriminatória (DEHESA, 2010).

Nessa linha, sem nunca desmerecer os propósitos antidiscriminatórios inspiradores da proposição de um "racismo social" com tal alcance, a ele subsumir "qualquer forma de fobia" pode trazer efeitos colaterais como o risco de fragilizar a proibição de discriminação por motivo de raça (BAMFORTH, MALIK, O'CINNEIDE, 2008) e embaçar a rejeição da homotransfobia enquanto discriminação específica. A homotransfobia é emblemática nessa jornada, dado que explicitamente rejeitada ao longo da história como discriminação sequer reprovável pelo direito (GERSTMANN, 1999).

Nesse cenário, o mandamento constitucional de proteção antidiscriminatória e a intensidade da violência homotransfóbica reclamam repostas penais mais adequadas, em especial sobre as potencialidades de criminalização não exploradas no julgamento.

4. Criminalização da homotransfobia e discriminação por motivo de sexo

O marco normativo mais destacado do direito penal antidiscriminatório brasileiro é a Lei 7.716/89. A proteção ali prevista alcança raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, conforme redação dada pela Lei 9.459/97. Para os fins desta reflexão, no panorama da legislação penal antidiscriminatória, também devem ser registradas a Lei 1.390/51 (Lei Afonso Arinos I), a Lei 7.437/85 (conhecida como Lei Afonso Arinos II, por ter atualizado a Lei 1.390), a Lei 9.029/95 e a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Enquanto as Leis 1.390 e 7.437 listam raça, cor, sexo e estado civil como critérios proibidos de discriminação, a Lei 9.029/95 (incidente nas relações de trabalho) enumera "sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, *entre outros*" (grifamos), e a Lei Maria da Penha (incidente na violência doméstica e familiar contra a mulher) determina agravamento de pena na violência contra a mulher (art. 43) e deixa claro que sua aplicação independente de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único). De se registrar que tais disposições alcançam ampla gama de relações sociais, tais como hospedagem, comércio de bens e serviços, entrada em estabelecimentos públicos e privados, educação, emprego público ou privado, acesso e manutenção de relações de trabalho, violência doméstica, familiar e de gênero; isso sem adentrarmos na explícita abertura para outros critérios proibidos de discriminação, presente na Lei 9.029/95.

Diante desse quadro normativo e do debate sobre o "racismo social" exsurge a pergunta sobre a criminalização da discriminação por motivo de sexo. Sem prejuízo de legislação mais explícita sobre orientação sexual e identidade de gênero, as previsões penais vigentes criminalizando a discriminação por motivo de sexo não abarcariam a homotransfobia? Em especial, porque essa conclusão supera legítimas apreensões de ofensa à reserva de lei formal em matéria criminal e de analogia gravosa.

Salvo melhor juízo, razões de variada ordem conduzem à resposta positiva quanto à subsunção da homotransfobia à norma penal incriminadora da discriminação por motivo de sexo, dentre as quais aqui duas são destacadas. A primeira, atenta às relações sociais juridicizadas pela norma penal, diz respeito à compreensão da homotransfobia, em sua essência, como discriminação sexista; a segunda, sobre o regime jurídico da discriminação por motivo de sexo, cuja amplitude da proteção antidiscriminatória alcança orientação sexual e identidade de gênero.

Não pairam dúvidas de que a *discriminação homotransfóbica é modalidade de discriminação sexista* (BORRILLO, 2010, p. 34). O liame intrínseco entre sexismo e homofobia não poderia ser expresso de modo mais claro e direto:

> "Sexisme et homophobie vont bien ensemble. Le sexisme est une idéologie inégalitaire qui aboutit à la domination d'um sexe sur l'autre. L'homophobie est l'atitude d'hostilité à l'égard des homsexueles et plus généralement à l'ensemble des individus consideres comme non conformes à la norme sexuelle (BORRILLO, 2009, p. 73)."

A homotransfobia concretiza e exprime, diretamente, discriminação contra homossexuais e transexuais por motivo de sexo. Isso porque indivíduos e grupos cujos desejos ou práticas não se submetem a uma ordem sexual, onde

> "(...) o sexo biológico (macho/fêmea) determina um desejo sexual unívoco (hétero), assim como um comportamento sexual específico (masculino/feminino). Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como componentes necessários do regime binário das sexualidades (BORRILLO, 2010, p. 16)."

Trata-se, nas palavras de Bourdieu (1999, p. 144), de uma dominação simbólica ligada à prática sexual, cuja definição é

> "(...) vista como relação de dominação do princípio masculino (ativo, penetrante) sobre o princípio feminino (passivo, penetrado) [que] implica o tabu da feminilização, sacrilégio do masculino, isto é, do princípio dominante, que está inscrito na relação homossexual."

Não só esta mirada analítica para a estrutura, a dinâmica, os figurantes, o contexto e as motivações das relações sociais homotransfóbicas demonstra se tratar de discriminação sexista: o lugar absolutamente central que a disciplina dos gêneros entre homens e mulheres toma na história da invenção da homossexualidade, como categoria científica moderna, também confirma esta constatação (GREENBERG, 1988, p. 386; HAWKES, 1996, p. 125; MACKINNON, 2001). Voltada contra homossexuais masculinos e femininos, a discriminação sexista investe, com ainda mais força, contra as pessoas cuja existência desestabiliza a ordem sexual hegemônica (BEASLEY, 2005), tais como lésbicas "caminhoneiras" (HALBERSTAM, 1998; CARRILLO, 2010; NAVARRO-SWAIN, 2010), pessoas trans (HILL, 2003; BETTCHER, 2007; GRESSGARD, 2010), contra transgêneros e pessoas intersex, dada a intensidade da desestabilização que provocam na ordem sexual hegemônica.

O direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional revelam a mesma compreensão, quanto à discriminação ser modalidade de discriminação sexista. É o que decidiu o Comitê de Direitos Humanos da ONU, ao examinar o caso *Toonen v. Australia* (1994). Ao responder a pergunta do estado australiano quanto à subsunção da orientação sexual à previsão genérica de proibição de discriminação por "outras condições" enumeradas ao lado daquelas previstas no artigo 26 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos (raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem social ou nacional, propriedade, nascimento ou "outras condições"), a decisão assentou que, ao seu ver, "(...) a referência a 'sexo' deve ser considerada como incluindo orientação sexual." (parágrafo 8.7).

Esse julgamento tem importante repercussão. Proferido por órgão do sistema universal de direitos humanos, é inegável seu impacto e sua relevância nas jurisdições internacionais, regionais e nacionais, como pode ser observado em cortes

internacionais de direitos humanos, constitucionais e em mecanismos de monitoramento das obrigações internacionais (WINTEMUTE, 1995, p. 143; LANGFORD E CREAMER, 2017, p. 7; SAIZ, 2005, p. 5).

O exame do entendimento jurisprudencial estadunidense da transfobia revela sua qualificação como discriminação sexista. Em *Lawrence v. Texas* (2002), a Suprema Corte dos EUA entendeu o sexo como questão central para a discriminação contra homossexuais (SUPREMA CORTE DOS EUA, 2002, p. 572). Em *Obergefell,* também foi suscitada a crítica sobre o silêncio sobre o sexo, quando se reconheceu o casamento entre pessoas do mesmo como direito fundamental (CASE, 2016), passando pelo explícito reconhecimento da homofobia como discriminação por motivo de sexo pela Suprema Corte do Hawaii (RIOS, 2002, p. 133; ERRANTE, 1999, p. 299).

Na quadra atual, há decisão unânime pela proteção legal contra assédio, por motivo de sexo, diante de violação sofrida por homossexual (Suprema Corte dos EUA, ONCALE v. SUNDOWNER OFFSHORE SERVICES, INC., 1998), que tem desencadeado grande esforço interpretativo pela doutrina e pelos tribunais inferiores (SMALLETS, 1999; DIEFENBACH, 2007; HERZ, 2014), além de um sem-número de decisões judiciais aplicando a proteção antidiscriminatória por sexo diante da homotransfobia[14]; por fim, deve-se noticiar a pendência de pronunciamento específico da Suprema Corte acerca da aplicação da Lei de Direitos Civis à discriminação laboral sexual contra gays e transgêneros[15].

No Canadá, o debate também se apresenta vívido, noticia Robert Wintemute (1995, p. 202), ao analisar decisões sobre discriminação por orientação sexual e superar argumentos contra a qualificação da homotransfobia como espécie de discriminação sexual: o "escondimento do sexo" e a "ilusão do tratamento igual simétrico".

Em relação ao primeiro, alerta que não se pode esconder o que está na base da homotransfobia: a distinção sexual. Na discriminação sofrida por homossexuais e pessoas trans, não há como deixar de reconhecer que é o sexo o critério

14. U.S. Equal Employment Opportunity Commission. *Examples of Court Decisions Supporting Coverage of LGBT-Related Discrimination Under Title VII*. Disponível em: [www1.eeoc.gov//eeoc/newsroom/wysk/lgbt_examples_decisions.cfm?renderforprint=1,2019]. Acesso em: 11.06.2019.

15. THE NEW YORK TIMES. *Supreme Court to Decide Whether Landmark Civil Rights Law Applies to Gay and Transgender Workers*. 22 abri 2019. Disponível em: [www.nytimes.com/2019/04/22/us/politics/supreme-court-gay-transgender-employees.html]. Acesso em: 11.06.2019.

decisivo. De fato, quando alguém atenta para a direção do envolvimento sexual (seja a atração, seja a conduta) de outrem, volta sua atenção para a direção do desejo ou da conduta sexual, ou seja, para o sexo da pessoa com quem o sujeito deseja se relacionar ou efetivamente se relaciona.

Daí que a orientação sexual resulta da combinação entre os sexos das pessoas consideradas, do mesmo ou do sexo oposto. Ora, se alguém for tratado diferentemente de quem tem sua sexualidade direcionada para o sexo oposto, em razão do sexo da pessoa escolhida coincidir com o seu, conclui-se que o tratamento discriminatório decorre em função do sexo, tanto que se tivesse se orientado para outrem de sexo oposto, não sofreria discriminação. Fica claro, portanto, que a discriminação fundada na orientação sexual de alguém é uma manifestação de discriminação em virtude de sexo (RIOS, 2002, p. 131).

Em segundo lugar, adverte para a "ilusão da igualdade de tratamento", associada à pretensa "simetria" entre homens e mulheres diante de idêntico fator (orientação sexual). É preciso atentar que uma discriminação (contra gays) não é justificada por outra discriminação (contra lésbicas), não só porque ambas são discriminações proibidas por motivo de sexo, como também porque concretizam numa lógica segregacionista. A história do racismo moderno faz ver claramente esse equívoco. Seria incorrer na lógica da segregação: afirmo tratar igualmente, de forma "simétrica", mulheres brancas e mulheres negras (diferenciando umas das outras), porque faço o mesmo com homens brancos e homens negros. Esconde-se a discriminação racial, justifica-se uma discriminação (contra homens negros) por outra discriminação (contra mulheres negras) e consagra-se um regime segregacionista.

No direito comum europeu não é diferente: a par da pergunta sobre critério proibitivo de discriminação específico para orientação sexual e identidade de gênero (CONSELHO DA EUROPA, 2009; O'CINNEIDE, 2015; ZBYSZEWSKA e LAHUERTA, s/d), há precedente da Corte Europeia de Justiça pela proteção, com base na proibição de discriminação por motivo de sexo, de pessoa trans (P v. S and Cornwall County Council, Case C-13/94, 1996).

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal considerou a homofobia espécie de discriminação por motivo de sexo (ADPF 132), o que ocorreu também em outras oportunidades, alcançando orientação sexual e identidade de gênero (ÁVILA E RIOS, 2016). A propósito, na aludida ação de descumprimento de preceito fundamental, a manifestação do relator foi explícita:

> "(...) é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem

> e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anatomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino – tirante suas diferenças biológicas –, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos (BRASIL, 2011, p. 24)."

Registre-se, nessa mirada do direito brasileiro, que a proteção antidiscriminatória propiciada pela Lei Maria da Penha também se estende a transexuais, como revelam precedentes jurisprudenciais e conclusões em fóruns de magistrados e de membros do ministério público, tanto na esfera penal, como na esfera cível[16].

Após descortinar esse panorama, acaso rejeitada a qualificação da homotransfobia como discriminação sexista, a proteção jurídica dá-se pela previsão de proibição fundada em "outras condições" ou "outros critérios" proibidos de discriminação. Tanto o caráter aberto, exemplificativo e enumerativo, das listas constitucionais e internacionais de proibição de discriminação, como a expressa previsão legal, fazem concluir pela orientação sexual, identidade e expressão de gênero, como critérios proibidos de discriminação.

A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expressa na Opinião Consultiva 24, de 2017, é elucidativa e didática sobre o ponto:

> "77. Respecto a la inclusión de la orientación sexual y la identidad de género como categorías de discriminación que están prohibidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la orientación sexual y la identidad de género se pueden entender como incluidas dentro de la categoría "otra condición" mencionada en el artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "Convenio Europeo"), el cual prohíbe tratos discriminatorios. En particular, en el caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó

16. TJDF, Proc. 0006926-72.2017.8.07.0020/DF; TJSC, CJ 00003782020178240000; Enunciado 46 do Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; Enunciado 30/2016, da Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra Mulher; Ministério Público do Estado de São Paulo, 2017; TJSP, MS 2097361- 61/2015; STJ, RESP 1.291.924/RJ.

> que la orientación sexual es un concepto que se encuentra cubierto por el artículo 14 del Convenio Europeo. Además, reiteró que el listado de categorías que se realiza en dicho artículo es ilustrativo y no exhaustivo. Asimismo, en el caso Clift Vs. Reino Unido, el Tribunal Europeo reiteró que la orientación sexual, como una de las categorías que puede ser incluida bajo "otra condición", es otro ejemplo específico de las que se encuentran en dicho listado, que son consideradas como características personales en el sentido que son innatas o inherentes a la persona. En el caso S.L. Vs. Austria indicó que las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual y homosexual sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales carecían de justificación objetiva y razonable y eran, por ende, discriminatórias (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2017)."

A abertura constitucional da lista de critérios proibidos de discriminação no direito brasileiro reforça-se pela legislação penal vigente, nos termos da Lei 9.029/1995, cujo art. 1º prevê, "entre outros" motivos, a criminalização de práticas discriminatórias por "sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade".

Dados os limites deste estudo, não há espaço para avançar no exame da previsão aberta dos critérios proibidos de discriminação ("entre outros") em face da garantia da taxatividade penal; isso não impede a oportunidade de anotar que a doutrina penal (SCHMIDT, 2001, p. 258) e que a legislação criminal assentam a legitimidade constitucional e a superioridade técnica de previsão penal antidiscriminatória apta a subsumir as diversas formas e fatores de discriminação, como ilustram o artigo 501.1., do Código Penal da Espanha (ESPANHA, 2015) e os artigos 392 e 393 do Anteprojeto de Código Penal de 1998 (BRASIL, 1998).

Considerações finais

A intensidade da violência transfóbica não deixa dúvida sobre a urgência e a necessidade de seu enfrentamento. São bem-vindas, portanto, todas as iniciativas que façam avançar o mandamento jurídico antidiscriminatório. Daí o justo reconhecimento da iniciativa pela declaração da mora parlamentar quanto à criminalização da homotransfobia, bem como a urgência na busca de soluções jurídicas mais efetivas e concretas. Esse quadro, considerados os direitos humanos e fundamentais das ordens internacional, regional e nacional, bem como os valores constitucionais a que o direito penal deve proteção, desafia a resposta sobre a possibilidade e a melhor forma jurídica de proteção penal antidiscriminatória, em face da homotransfobia.

Na busca pela melhor resposta, propõe-se desde já a compreensão da homotransfobia como modalidade de discriminação criminalmente sancionada, conforme a vigente proibição penal de discriminação por motivo de sexo. Essa proposição não só se alinha à compreensão consagrada da proibição de discriminação sexista e de sua abrangência, como também melhor reflete como a homotransfobia se constitui nas relações sociais; evitam-se, ao mesmo tempo, os dilemas relativos à analogia penal prejudicial e os riscos que o alargamento demasiado do conceito de racismo embutem, até mesmo para a dinâmica social das iniciativas antirracistas.

Nos quadros jurídico e social contemporâneos, a compreensão da homotransfobia como discriminação sexista criminalmente reprovada não exclui, antes aconselha, a explicitação legislativa da homotransfobia. Seja ao alertar que esta prática discriminatória já se contempla no tipo penal sancionador do sexismo, seja por exercício legislativo pormenorizador daquilo que já se contém na legislação e mais realce se quer dar, destacar juridicamente a homotransfobia é medida salutar e necessária para enfrentar a homotransfobia.

Como dizia Drummond de Andrade (1978, p. 03), "mundo mundo vasto mundo,/ se eu me chamasse Raimundo/ seria uma rima, não seria uma solução". Reconhecer a importância da iniciativa pela declaração da mora e compreender a existência do crime de homotransfobia como parte da discriminação por motivo de sexo apresentam uma resposta aos dilemas jurídico e conceitual decorrentes da ADO 26. Mas é preciso avançar: considerar tanto a crítica aos limites da criminalização, quanto pugnar por políticas sociais planejadas e de diferentes alcances temporais – curto, médio e longo prazo. Nas respostas antidiscriminatórias, nos âmbitos penal e social, como os direitos à segurança, à moradia e ao trabalho digno, tornar explícita a mora legislativa e a vedação à homotransfobia é um importante passo.

Referências

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2019. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Organizadores)*. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

ALENCASTRO, L. F. Geopolítica da mestiçagem. *Novos Estudos*, São Paulo: CEBRAP, 1985.

ALLPORT, Gordon. *The nature for prejudice*. Cambridge: Perseus Books, 1979.

ANDRADE, Carlos Drummond. *Antologia poética*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira e RIOS, Roger Raupp. Mutação constitucional e proibição de discriminação por motivo de sexo. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, 2016. p. 21-47

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BEASLEY, Chris. *Gender & sexuality*: critical theories, critical thinkers. London: SAGE, 2005.

BERGMANN, E. & SMITH, P. J.¿Entiendes? Queer Readings. *Hispanic Writing*. Duke: Duke University Press, 1995. p. 448

BENEDETTI, M. R. *Toda feita*: o corpo e o gênero das travestis. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

BETTCHER, T. M. (2007) Evil deceivers and make-believers: On transphobic violence and the politics of illusion. *Hypatia*, 22(3), p. 43-65, 2007.

BETHENCOURT, Francisco. *Racismos*: das cruzadas ao século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

BAMFORTH, Nicholas, MALIK, Maleiha, O'CINNEIDE, Colm. *Discrimination law*: theory and contexto. London: Sweet & Maxwell, 2008.

BORRILLO, Daniel. *Le droit des sexualités*. Paris: PUF, 2009.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia*: história e crítica de um conceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BORILLO, Daniel, BARBOZA, Heloisa Helena. Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito francês e brasileiro. *Civilistica*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BUTLER, J. *Gender trouble*: feminism and the subversion of identity. New York: Routledge, 1990.

CARRARA, Sérgio; SIMOES, Júlio Assis. Sexualidade, cultura e política: a trajetória da identidade homossexual masculina na antropologia brasileira. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 28, p. 65-99, June 2007. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332007000100005&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 21.04.2020.

CARRILLO, Jesús. Entrevista com Beatriz Preciado. *Revista Poiésis*, Niterói, n. 15, p. 47-71, jul. 2010. Disponível em: [www.poiesis.uff.br/sumarios/sumario15.php]. Acesso em: 21.04.2020.

CARVALHO, Salo. Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, p. 187-211, 2012.

CASE, Mary Anne. Missing Sex Talk in the Supreme Court's Same-Sex Marriage Cases. *University of Chicago Public Law & Legal Theory,* Working Paper n. 566, 2016. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/567/]. Acesso em: 21.04.2020.

CHÁVEZ-SILVERMAN & HERNÁNDEZ. Reading and Writing the Ambiente. *Queer Sexualities in Latino, Latin American, and Spanish Culture*. Wisconsin: The University of Wisconsin Press, 2000. p. 344.

CONSELHO DA EUROPA. *Human rights and gender identity*. 2009. Disponível em: [https://rm.coe.int/16806da753]. Acesso em: 10.06.2019.

CORRALES, J. & PECHENY, M. *The politics of sexuality in Latin America*: a reader on lesbian, gay, bisexual, and transgender rights. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010. p. 1-32.

CORRÊA, S., & PARKER, R. *Sexualidade e política na América Latina*: histórias, interseções e paradoxos. Rio de Janeiro: ABIA, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. "*Identidade de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*." Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf]. Acesso em: 13.06.2019.

D'ADESKY, Jacques. 2001. *Pluralismo étnico e multiculturalismo*: racismos e anti-racismo no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas.

DEBATE FEMINISTA. 'Raras rarezas'. *Revista Debate Feminista*, ano 8, vol. 16, México, 1997.

DEHESA, Rafael. *Queering the Public Sphere in Mexico and Brazil*: sexual rights movements in emerging democracies. Durham: Duke University Press, 2010.

DIEFENBACH, Clare. *Same-Sex Sexual Harassment after Oncale*: Meeting the Because of Sex Requirement, 22 Berkeley J. Gender L. & Just. 42 (2007).

DOVIDIO, John F.; HEWSTONE, Miles; GLICK, Peter; ESSES, Victoria. *The sage handbook of prejudice, stereotyping and discrimination*. London: Sage, 2013.

ERRANTE, Edward. 'Le mariage homosexual aux États-Unis: les arrêts des tribunauxs de l'État de Hawai et leurs implications au niveau national. In: Daniel Borrillo (Org.). *Homosexualités et droit*: de la tolerance sociale à la reconnaissance juridique." Paris: PUF, 1999.

FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition?* A political-philosophical Exchange. NY: Verso, 2003.

GRESSGARD, R. *When trans translates into tolerance* – or was it monstrous? Transsexual and transgender identity in liberal humanist discourse. Sexualities 13(5): 2010. p. 539-561.

GREENBERG, David F. *The construction of homosexuality*. Chicago: Chicago University Press, 1988.

GERSTMANN, Evan. *The constitutional underclass*: gays, lesbians, and the failure of class-based equal protection. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

GUIMARÃES, A. S. F. *Racismo e anti-racismo no Brasil*. São Paulo: Editora 34, 1999.

HALBERSTAM, Judith. *Female masculinity*. Durham and London: Duke University Press, 1998.

HAWKES, Gail. *A sociology of sex and sexuality*. Philapdelphia: OUP, 1996.

HEILBORN, M. L. & GOUVEIA, P. F. 'Marido é tudo igual: mulheres populares e sexualidade no contexto da Aids.' In: Barbosa, R. & Parker, R. *Sexualidades pelo avesso*. São Paulo: Editora 34, 1999.

HERZ, Zachary. Price's Progress: Sex Stereotyping and Its Potential for Antidiscrimination Law. *Yale Law Journal*, v. 124, n. 2, 2014.

HILL DB (2003) Genderism, transphobia, and genderbashing: A framework for interpreting anti-transgender violence. In: Wallace BC and Carter RT (Eds) *Understanding and dealing with violence*: a multicultural approach. Thousand Oaks, CA: SAGE, p. 113-136.

IBOPE INTELIGÊNCIA. *Pesquisa Viver em São Paulo* – Diversidade, maio de 2018. Disponível em: [www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/viver_em_sp_diversidade_apresentacao.pdf]. Acesso em: 10.06.2019.

ICONOS. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. ¿Cómo se piensa lo '*queer*' en América Latina? Presentación del dossier". In: *Iconos,* 39, Quito, 2011. Disponível em: [www.flacso.edu.ec/portal/files/docs/i39viteri.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

KARAM, Maria Lúcia. 'Esquerda punitiva'. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 1, jan.-jun. 1996.

LOURO, G. L. Teoria Queer – Uma Política Pós-Identitária para a Educação In: *Estudos Feministas*, 2/2001, p. 541-553.

MALCOLM, Langford; CREAMER, Cosette D. *The toonen decision*: domestic and international impact." International Lawfare & Sexual and Reproductive Rights (edited by Siri Gloppen and Malclolm Langford), 2017.

MACKINNON, Catharine. *Sex equality*. New York: Foundation Press, 2001.

MOLLOY, S. & IRWIN, R. M. *Hispanisms and homosexualitie*. Duke: Duke University Press, 1998.

MISKOLCI, R. & SIMÕES, J. A. 'Dossiê Sexualidades Disparatadas. Apresentação.' *Cad. Pagu*, n.28, 2007. p. 9-18. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-]. Acesso em: 20.04.2020.

MONTECINO, Sonia. "Identidades De Género En América Latina: Mestizajes, Sacrificios, y Simultaneidades." *Debate Feminista*, v. 14, 1996. p. 187-20.

NAVARRO-SWAIN, Tânia. Desfazendo o "natural": a heterossexualidade compulsória e o continuum lesbiano. Bagoas – *Revista de Estudos Gays: gênero e sexualidade*. Natal: EDUFRN, 2007, n. 05, p. 45-55, 2010.

O'CINNEIDE, CP 'The Constitutionalization of Equality within the EU Legal Order: Sexual Orientation as a Testing Ground'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22 (3), 2015.

PARTIDO POPULAR SOCIALISTA. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF*. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 13 de junho de 2019.

PECHENY, M. & LA DEHESA, R. "Sexualidades, Política y Estado en América Latina: elementos críticos a partir de un diálogo'. *Polis e Psique*, v. 1, p. 19-47, 2011. Disponível em: [https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/article/view/31525/25761]. Acesso em: 20.04.2020.

PELÚCIO, L. 'Traduções e torções ou o que se quer dizer quando dizemos queer no Brasil'. *Revista Periódicus,* mai.-out. 2014. Disponível em: [www.portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/index]. Acesso em: 20.04.2020.

PERLONGHER, N. *'O negócio do michê: prostituição viril em São Paulo'*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. *Teorias da etnicidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1995.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:* a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Ed. RT, 2002.

RIOS, Roger Raupp; SCHAFER, Gilberto; BORBA, Felipe. "O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo código penal militar". *Revista da AJURIS*, v. 39, n. 127, set., p. 311-330, 2012.

RIOS, Roger Raupp; MELLO, Lawrence Estivalet de. Direito da antidiscriminação, criminalização da homofobia e abolicionismo penal. *Revista Crítica do Direito*, v. 65, p. 99-121, 2015.

SANTANA, A. P. J. 'Criminalização das opressões: a que estamos sendo levados a servir?'. *Rever*, Aracaju, 2014.

SAIZ, Ignacio. *Bracketing sexuality:* human rights and sexual orientation – a decade of development and denial at the un. Rio de Janeiro: Sexuality Policy Watch-SPW, 2005.

SANTIAGO, S. *Uma literatura nos trópicos*: ensaios sobre dependência cultural. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SANTOS, Ricardo Ventura. 'Raça'. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). *Antropologia e direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos'. Rio de Janeiro/Brasília: Contracapa, LACED e Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa e BELL, Mark. *Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Joan. 'Gender: A Useful Category of Historical Analysis'. *American Historical Review* 91(5):1053-1075¸1986.

SURIAGA, E. V. Comentarios al dossier ¿Cómo se piensa lo queer en América Latina? *Iconos Revista de Ciencias Sociales*, Quito, n. 40, p. 119-127, 2011.

SUPREMA CORTE (Estados Unidos da América). *Lawrence v. Texas*. Washington, D.C, 2002.

TREVISAN, J. S. *Devassos no paraíso*: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VITERI, M. A. & CASTELLANOS, S. Dilemas queer contemporáneos: ciudadanías sexuales, orientalismo y subjetividades liberales – un diálogo con Leticia Sabsay. *Íconos Revista de Ciencias Sociales*, n. 47, Quito, p. 103-118, 2013.

VIVEROS, M. V. 'La sexualización de la raza y la racialización de la sexualidad en el contexto latinoamericano actual.' *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia,* p. 63-81, 2009. Disponível em: [http://revlatinofamilia.ucaldas.edu.co/downloads/Rlef1_4.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual Orientation and human rights*: the united states constitution, the european convention, and the Canadian Charter. Oxford: Clarendon Press, 1995.

ZBYSZEWSKA, Ania; LAHUERTA, Benedi. *Rethinking EU Equality Law, Exploring the Alternatives*. Disponível em: [https://warwick.ac.uk/about/partnerships/europe/events/law/rethinkingeuequalitylaw_policypaper_zbyszewskabenedilahuerta__1.pdf], s/d, acesso em: 11.06.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer about the criminalization of homophobia: perspectives starting from the queer criminology, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187-212 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2012\451011);
- Discriminação sexual e a necessidade de tutela penal, de Maria Luiza Gorga – *RBCCrim* 113/41-76 (DTR\2015\3611); e
- Reflexão sobre a teoria queer, a fobia ao grupo LGBT+ e a proteção pelo Direito Penal, de Camila Christiane Rocha Nicolau e Andressa Paula de Andrade – *RT* 995/407-425 (DTR\2018\19375).