

**200^a
edição**

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 200 • jan./fev. 2024

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 200 • jan./fev. 2024

Presidência

Renato Stanzola Vieira

Coordenação

André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Coordenador editorial: Willians Meneses (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

Editor-científico chefe – Prof. Dr. André Nicolitt (Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)

Editores-científicos assistentes – Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Prof. Dr. Antonio José Teixeira Martins (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG), Prof. Dr. Bruno Silveira Rigon, Prof. Dr. Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes (Centro Universitário – UNDB – São Luiz/MA), Profa. Dra. Ana Carolina Filippin Stein (Centro Universitário Metodista – IPA – Porto Alegre/RS), Prof. Dr. Douglas Borges de Vasconcelos (Universitat Pompeu Fabra – UPF – Espanha), Profa. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG), Prof. Dr. Guilherme Francisco Ceolin (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF), Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR), Profa. Dra. Junya Rodrigues Barletta (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ), Prof. Dr. Luiz Gabriel Batista Neves (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA), Me. Maria Brito Alves (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – Brasília/DF), Prof. Dr. Nestor Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE), Profa. Dra. Renata Almeida da Costa (Universidade La Salle – Canoas/RS), Dr. Rodrigo Oliveira de Camargo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS), Prof. Dr. Taiguara Libano Soares e Souza (Universidade federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ) e Prof. Dr. Vitor Stegemann Dieter (Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC – Curitiba/PR)

Editores-executivos:

Auxiliar de publicações: Helen Christo (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)

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 Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos Maria Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittzwitz (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 Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecilia Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio Martinez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)
Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)
Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)
Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)
Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
Saló de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

André Peixoto de Souza (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
André Vilela Komatsu (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Bruna Hoisler Sallet (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Carlos Frederico Braga da Silva (Universidade de Ottawa – Canadá)
Clarissa de Baumont (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS – Porto Alegre/RS)
Claudia Barrilari (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Cláudio Lopes (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS – Três Lagoas/MS)
Cristiano Barros (Universidade Presbiteriana Mackenzie – Mackenzie – São Paulo/SP)
Cristina Zackseski (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Diógenes V. Hassan Ribeiro (Universidade La Salle – UNILASALLE – Canoas/RS)
Eduardo Baldissera Carvalho Salles (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Ellen Cristina Carmo Rodrigues Brandão (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Fabio Gomes de França (Universidade Federal da Paraíba – UFPB – João Pessoa/PB)
Felipe Lazzari da Silveira (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS)
Fernanda Costa (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Fernanda Martins (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Portugal)
Gisela Aguiar Wanderley (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Gisela França da Costa (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Guilherme Michelotto Bôes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Guilherme Moreira Pires (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Cascavel/Paraná)
Heitor Moreira de Oliveira (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM – Marília/SP)
João Paulo Orsini Martinelli (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Larissa Urruth Pereira (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Lucas Catib de Laurentiis (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC Campinas – Campinas/SP)
Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS)
Marco Antonio Scapini (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcos Vinicius Lipienski (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Horizonte/MG)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – Unifor – Fortaleza/CE)
Patricia Carraro Rossetto (Universidad de Málaga – Espanha)
Pedro Augusto Simões da Conceição (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Renata Saggioro Davis (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ)
Rodrigo Jose Fuziger (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR)
Sara Vieira Sabatini Antunes (UNICAMP – Campinas/SP)
Tuanny Soeiro Sousa (UFPB – João Pessoa/PB)
Vitor de Paula Ramos (Universidade de Girona – Espanha / Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Vitor Gonçalves Machado (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES – Espírito Santo/ES)
Vlamiir Costa Magalhães (Universidade de Coimbra – Portugal)
Yuri Felix (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alexandre Wunderlich (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Américo Bedê Jr. (Faculdades Integradas de Vitória – FDV – Vitória/ES)
André Nicolitt (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Corrêa de Sá e Benevides (Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – Rio de Janeiro/RJ)
Eloi dos Santos Magalhães (Instituto de Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente – IDEMA – Natal/RN)
Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP – Recife/RS)
Gabriel Silveira de Queirós Campos (Faculdades Integradas de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Gisela França (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Hamilton Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUCRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Hugo Leonardo Rodrigues Santos (Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL – Maceió/AL)
Laleska Walder (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Luís Gustavo Durigon (Universidade de Santa Maria – UFSM – Santa Maria)
Marcelo Almeida Ruivo (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
Marcelo Malheiros Cerqueira (Universidade de Sevilha – Espanha)
Marco Alexandre de Souza Serra (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Maringá/PR)
Paulo Mendes (Universidad Nacional del Litoral – UNL – Argentina)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

BASES DE DADOS/DIVULGADORES INDEXADOS:



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
ISSN Digital 2965-3967

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 32 • vol. 200 • jan./fev. 2024

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITT

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1415-5400
ISSN Digital 2965-3967

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 200 • jan./fev. 2024

Presidência

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLIT

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

Impressão e encadernação: DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

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

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

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

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

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

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

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

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

Impresso no Brasil: [01-2024]

Profissional

Fechamento desta edição: [16.11.2023]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Renato Stanziola Vieira

1º Vice-Presidente

Maria Carolina de Melo Amorim

2º Vice-Presidente

Vinicius de Souza Assumpção

1ª Secretária

Raquel Lima Scalcon

2ª Secretário

Bruno Shimizu

3ª Secretária

Carina Quito

1ª Tesoureira

Camila Torres Cesar

2º Tesoureiro

Antonio Pedro Melchior

1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Juliana Sanches Ramos

2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Luanna Tomáz de Souza

3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUVIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS

Andre Pires de Andrade Kehdi

Clarice Beatriz

Débora Viviane

Isadora Brandão

Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo

Maria Sylvia de Oliveira

Michael Mary Nolan

Priscila França

Priscila Pamela C Santos

DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE

Luciana Dias

Luiz Otávio Rodrigo Romeiro

AMICUS CURIAE

Débora Duprat

BIBLIOTECA

Simone Henriques

BOLETIM

Fernando Gardinali

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyano

CONVÊNIOS INTERNACIONAIS

Livia Moscatelli

CURSOS

Daniel Zaclis

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Chiavelli Falavigna

CURSOS IBCCRIM – COIMBRA

Marcelo Ruivo

GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)

Debora Mota

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ana Paula Freitas

INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)

Camila Forigo

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Monique De Carvalho Cruz

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Fabiana Zanatta

MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL

Maira Fernandes

POLÍTICA DE DROGAS

Dudu Ribeiro

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

André Nicolitt

SISTEMA PRISIONAL

Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES

Diogo Malan

Marta Saad

Marcela Diório

Saulo Mattos

Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM – NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Sara Lemos de Oliveira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br

Rua Onze de Agosto, 52, 6º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 200 • jan./fev. 2024

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

Analistas de Operações Editoriais: Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial e ProView: Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araújo, Rodrigo Araújo e Victória Menezes Pereira

Estagiária: Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista e Jéssica Maria Ferreira Bueno

SUMÁRIO

EDITORIAL

RBCCrim – 32 anos de (re)existência ANDRÉ NICOLITT	17
---	----

DIREITO PENAL

Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana <i>Integrity at sentencing and the problem of judicial discretion on a Dworkinian reading</i> GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS e AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR	23
A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa <i>The venality of the exercise of public service as an interpretative criterion of passive and active corruption crimes</i> MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA	55

PROCESSO PENAL

A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal <i>The subsidiary private criminal action as a fundamental right and its submission to the decadence period of article 38 of the Code of Criminal Procedure</i> ANDRÉ NICOLITT e GISELA FRANÇA	89
---	----

A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico

The probative dimension of the contradictory as an instrument of epistemic control

LUÍS GUSTAVO DURIGON 107

CRIMINOLOGIA

Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX

Anarchism and criminology in Brazil: the insertion of theories in legal debates and in the production of laws at the end of the 19th century

BRUNO CORRÊA DE SÁ E BENEVIDES..... 127

"Cercar a aldeia dos índios": conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba

"Surrounding the Indian village": conflict, power and crime on the frontiers of the provinces of Ceará, Pernambuco and Paraíba

ELOI DOS SANTOS MAGALHÃES..... 157

O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano

Juvenile incarceration in the era of the pandemic: a look from the socio-educational system of the state of Pernambuco (Brazil)

ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO, HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS e MARCO ALEXANDRE DE SOUZA SERRA..... 189

Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector

Criminal law, critical criminology and literature: elements to the critique to the foundations and justifications of punishment in Clarice Lispector

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ..... 213

Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política

A socio-historical analysis of discourses and practices concerning criminal justice during the political transition

PAULO MENDES..... 241

Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados

A fresh perspective on incarceration: GDUCC, New Route and convict criminology

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA e LALESKA WALDER..... 273

DIREITO POR QUEM O FAZ

Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso "ICMS declarado e não pago" – Brasília/DF)

Tax misappropriation – Article 2, II, of Law 8,137/1990 (Legal opinion of "ICMS tax declared and not paid" – Brasília/DF)

ALEXANDRE WUNDERLICH e MARCELO ALMEIDA RUIVO 295

ENTREVISTA

Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho

Interview with Prof. Dr. Ingeborg Puppe by Beatriz Corrêa Camargo and Wagner Marteleto Filho

INGEBORG PUPPE. ENTREVISTADORES: BEATRIZ CORRÊA CAMARGO e WAGNER MARTELETO FILHO 319

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

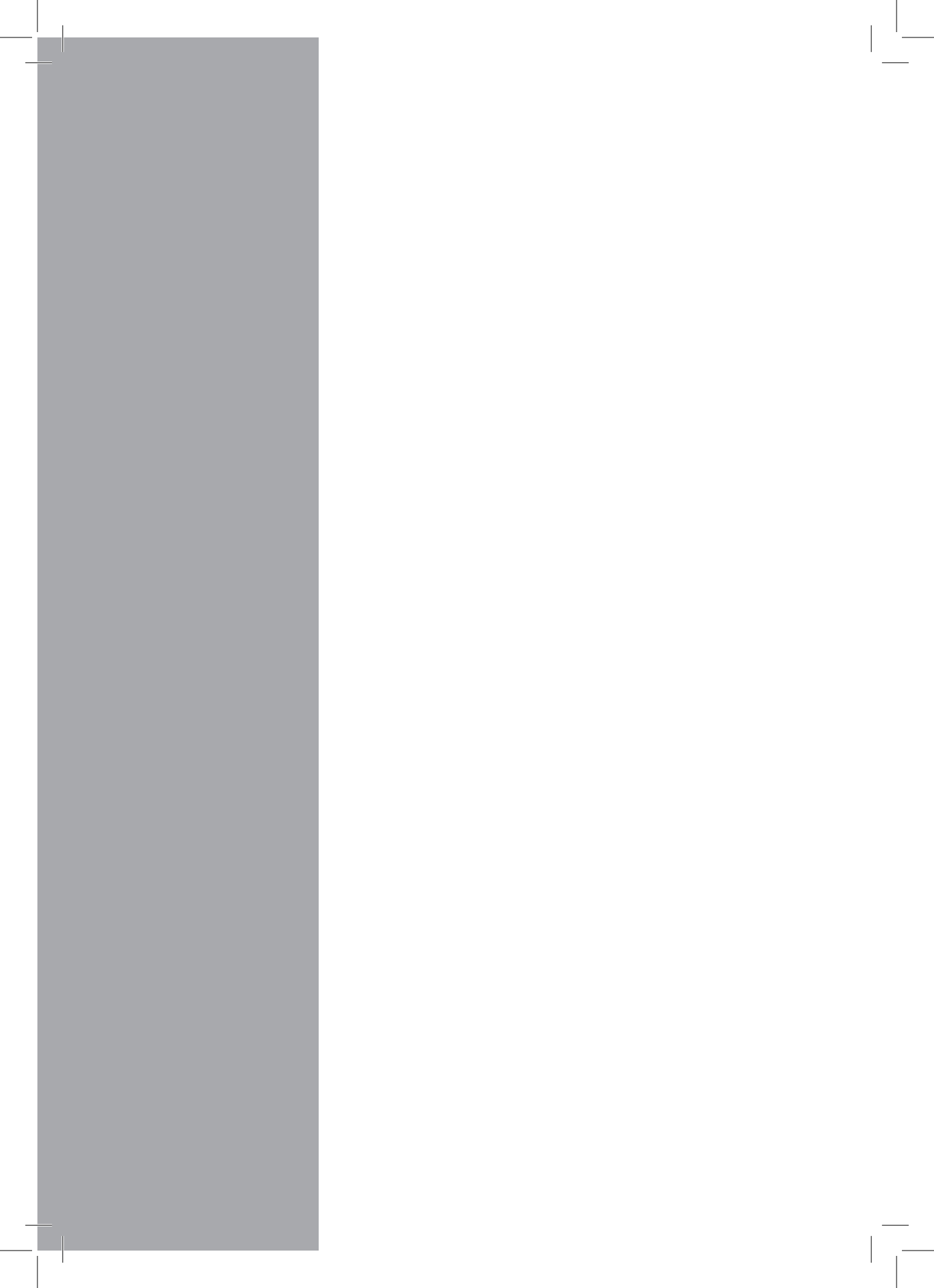
Autores 333

Temas 335

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	339
DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	351
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>)	357

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, fading towards the left.

Editorial



RBCCRIM – 32 ANOS DE (RE)EXISTÊNCIA

ANDRÉ NICOLITT

Pós-Doutorando pela Universidade da Califórnia – Berkeley. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo – RJ.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5066963398936027>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3857-3838>].
anicolitt@gmail.com

Em 1992, a Revista Brasileira de Ciências Criminais vem ao mundo. Neste ano eu, atual editor-chefe da revista, ainda estava fazendo o vestibular para ingressar no curso de direito, o que ocorreu no ano seguinte, 1993, quando iniciei o bacharelado em direito na Universidade Federal Fluminense. Esse dado me levou a pensar o quanto o mundo mudou desde então.

Devemos recordar que em 1990, Nelson Mandela foi libertado da prisão após 27 anos e em 1992 houve um plebiscito na África do Sul, no qual apenas a população branca poderia votar e 68% dos votantes manifestou o desejo pelo fim do regime de Apartheid.

Os anos de 1991 e 1992 consolidaram o fim da União Soviética. De se lembrar que 3 anos antes da Revista ser lançada, a Alemanha era dividida pelo Muro de Berlim.

Enquanto isso, o Rio de Janeiro sediava a Eco 92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento), debate sobre riscos ambientais e catástrofes climáticas não são de agora.

A apresentação da primeira edição da Revista dava conta de que:

“Vivemos um momento absolutamente paradoxal. De um lado, com o recente e inédito impeachment do Presidente da República, assistimos à reafirmação da cidadania. De outro, com o triste, para dizer o menos, episódio da Casa de Detenção e a crescente miséria da população”

Naquele ano, após a ocupação das ruas pela juventude “cara pintada”, o Presidente Fernando Collor teve contra si a consolidação do impeachment e a perda do mandato presidencial.

Fato determinante, como registrado na referida edição da revista, em 1992, ocorre o cruel episódio do “Massacre do Carandiru”, quando Polícia Militar do Estado de São Paulo matou 111 presos.

O criminoso ato de violência estatal foi propulsor tanto para o surgimento do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, como também da Revista Brasileira de Ciências Criminais, um de seus órgãos.

Nesse período, os meios de comunicação ainda eram bem analógicos, com um atraso de 20 anos, o Brasil recebia seu primeiro celular no início da década de 90. Não havia redes sociais, a internet era discada, o ICQ e as salas de bate papo da UOL eram as novidades para os jovens. Mas, após 32 anos, o mundo e o Brasil, em certos aspectos, são absolutamente diferentes.

Fomos tomados por um formato digital de vida, vídeo chamadas, aplicativos infundáveis, aulas remotas síncronas, tecnologias impensáveis na década de 1990. O Brasil encontra-se com uma estética absolutamente diversa, moderna, aos olhos de muitos, fascinante. A vida editada, postada, curtida, viralizante, compartilhada (não no real sentido analógico, mas digital).

Não obstante, em certo campo, a ética e a estética pouco evoluíram, quiçá retrocederam. Em 1990, havia cerca de 90 mil presos no Brasil, hoje temos quase um milhão de pessoas no cárcere. A chacina do Jacarezinho, somada a tantas outras, demonstra que *o passado não reconhece seu lugar, está sempre presente*.

Com isso, nota-se que apesar do transcurso de 32 anos, revisitar a primeira edição revela profunda atualidade. Transcrevo:

“O Direito Penal é, dentre outros instrumentos de controle social, um dos mais drásticos. Mas, por mais draconiano que seja, sozinho não conseguirá resolver o problema da criminalidade. Esta - como lapidarmente afirmou o Prof. Heleno Cláudio Fragoso, em trabalho sobre o qual ainda não se meditou o bastante - ‘aumenta, e provavelmente continuará aumentando, porque está ligada a uma estrutura social profundamente injusta e desigual, que marginaliza, cada vez mais, extensa faixa da população, apresentando quantidade alarmante de menores abandonados ou em estado de carência. Enquanto não se atuar nesse ponto, será inútil punir; como será inútil, para os juristas, a elaboração de seus belos sistemas. Aspiramos um direito penal mais humano. Um direito penal que efetivamente exerça função de tutela de valores de forma justa é igualitária. Isso só será possível numa sociedade mais justa e mais humana, que assegure os valores fundamentais da dignidade humana e da liberdade’”.

Mas por que lembrar tantas tragédias e tanto atraso na edição que deveria comemorar 32 anos da revista? Afinal, como uma revista com esse cariz alcança tamanha longevidade? Edições ininterruptas por décadas.

De fato, sua existência por 3 décadas, na maior parte do período com edições mensais, artigos de grande qualidade científica, autores com expressão nacional e internacional, tudo isso, sob certo aspecto, é motivo para se festejar. Mas a sua existência e longevidade também são sintomas da permanência de seus motivos fundantes.

A revista nasceu com a missão de resistir a um modelo perverso e punitivo. De ser a expressão de estudos e ideias que prestigiam a liberdade, de ser refúgio de textos que resistem ao autoritarismo, e mais recentemente, como boa parte dos movimentos de emancipação,

espaço de defesa da diversidade, da igualdade de raça e gênero e de combate ao racismo e à homotransfobia e todas as formas de discriminação.

Tivesse o mundo e, destacadamente o Brasil, se alimentado por transformações estruturais, que mudassem para além da estética, a ética, que o moderno fosse algo diverso do fetiche tecnológico e que a desigualdade fosse banida, não haveria razão de existir para a RBCCrim. Só haveria espaço para poesia, para romances e comédias.

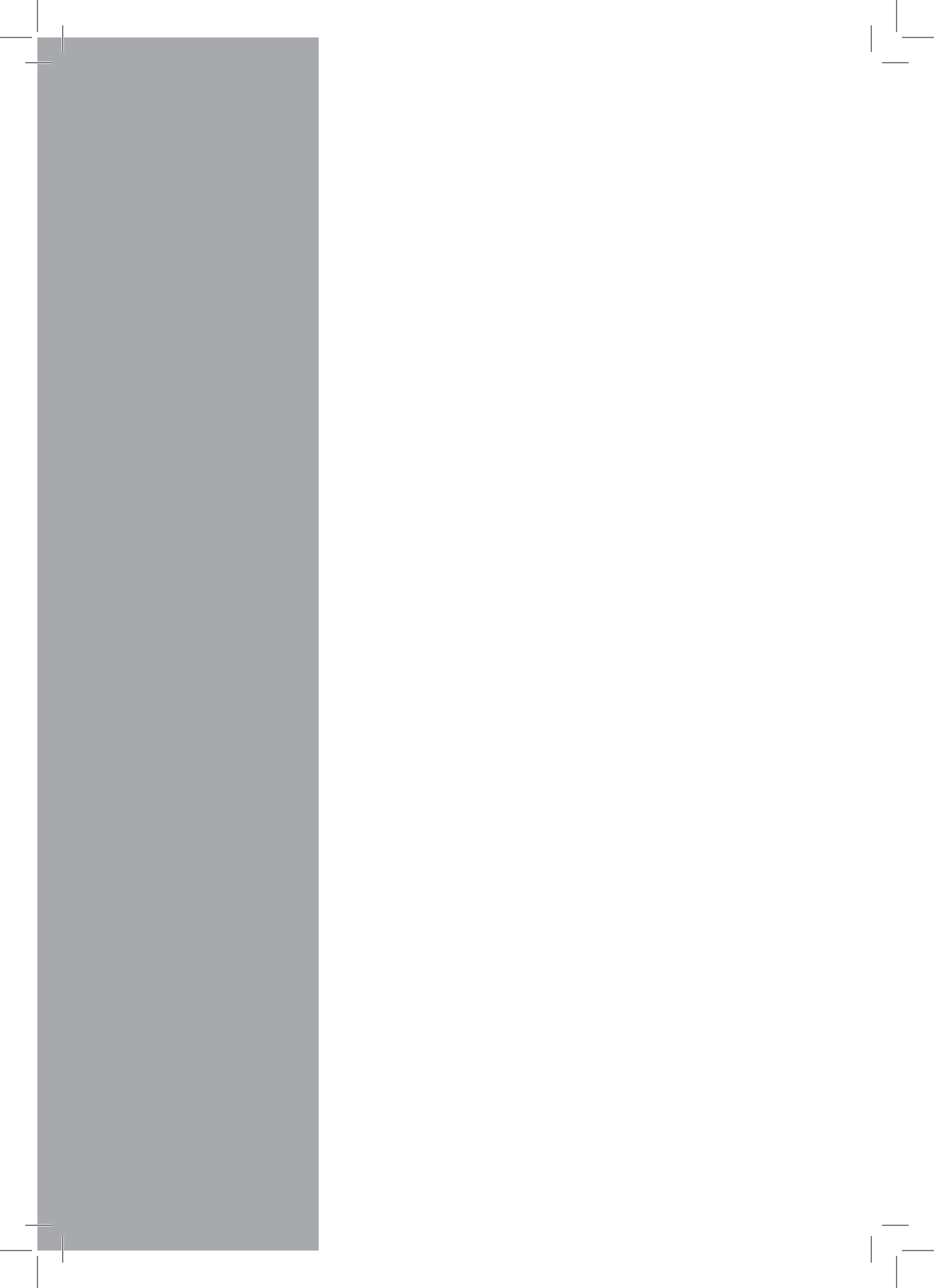
Mas, enquanto existir miséria, cárcere, extermínio, genocídio, discriminação, preconceito, ódio, racismo e tantos outros aviltamentos à dignidade humana, teremos que existir e resistir, por quantas décadas mais forem necessárias, produzindo e difundindo saberes emancipatórios.

Para não dizer que não falei das flores, A minha alucinação é suportar o dia a dia. E meu delírio é a experiência com coisas reais... Amar e mudar as coisas me interessa mais.

Berkeley, 10.11.2023.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The lines are more concentrated in the lower right area, where they form a grid-like structure. The overall effect is modern and sophisticated.

Direito Penal



INTEGRIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA E O PROBLEMA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL A PARTIR DE UMA LEITURA DWORKINIANA

INTEGRITY AT SENTENCING AND THE PROBLEM OF JUDICIAL DISCRETION ON A DWORKINIAN READING

GABRIEL SILVEIRA DE QUEIRÓS CAMPOS

Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Criminologia e Justiça Criminal (Universidade de Oxford). Procurador da República.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9493693459382613].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9244-157X].
gabrielscqcampos@gmail.com

AMÉRICO BEDÊ JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor da Graduação e da Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juiz Federal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0136827472164962].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0128-8790].
bedejunior@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042405].

Recebido em: 02.03.2023

Aprovado em: 20.07.2023

Última versão dos autores: 14.08.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Fundamentos do Direito; Internacional

RESUMO: Ronald Dworkin quase não se dedicou diretamente às questões políticas fundamentais do crime e da punição. Não obstante, é possível extrapolar suas ideias para o campo da penologia. O presente artigo propôs uma leitura dworkiniana de questões relacionadas à pena e sua aplicação. Dois aspectos particulares da obra de Dworkin nos interessaram: a) a sua crítica à discricionariedade judicial, que significa reduzida margem de liberdade aos julgadores na aplicação

ABSTRACT: Ronald Dworkin wrote little or nothing about the fundamental political issues of crime and punishment. Nevertheless, it is possible to extrapolate his ideas to the field of penology. This article has offered a Dworkinian reading of issues related to punishment and its adjudication. Our interest was in two particular aspects of Dworkin's work: a) his criticism of judicial discretion, which means limited freedom for judges at sentencing; and b) the *law as integrity* thesis,

da pena; e b) a teoria da integridade do direito, que sustentamos ser útil na penologia, tanto na criação legislativa das regras sobre aplicação da pena (princípio legislativo) quanto na adjudicação (princípio adjudicativo). A integridade do direito é examinada desde uma abordagem bifurcada das principais tradições jurídicas ocidentais: na *civil law*, de forte cultura positivista, o princípio legislativo é proeminente; na *common law*, regras jurídicas positivadas costumam ter menor relevância e a construção do direito é gradual e jurisprudencial. Tentamos examinar, sob uma perspectiva dworkiniana, os sistemas de aplicação da pena típicos de países da *civil law*, baseados na lei, e o modelo de *sentencing guidelines* encontrado em países como EUA, Inglaterra e Gales. Na conclusão, propusemos algumas aproximações, com o propósito de promover maior integridade na aplicação da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Ronald Dworkin – Integridade – Discrecionariedade judicial – Aplicação da pena – Diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*).

that we contend to be useful in penology, both in the legislative creation of public rules about sentencing (legislative principle), and in adjudication (adjudicative principle). Integrity of law within the most relevant Western legal traditions is examined from a bifurcated approach: in civil law jurisdictions, with strong positivist culture, the legislative principle is prominent; whereas in common law jurisdictions, statutory provisions have less relevance, therefore Law is developed gradually by courts. We attempted to examine, from a Dworkinian perspective, the sentencing schemes typically at place in civil law countries, based on statutes, and also the sentencing guidelines found in countries such as the USA, England and Wales. In the concluding part, we have proposed some reconciliation, aiming at the promotion of greater integrity at sentencing.

KEYWORDS: Ronald Dworkin – Integrity – Judicial discretion – Sentencing – Sentencing guidelines.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A integridade do direito (*law as integrity*) em Ronald Dworkin como fundamento de limitação da discrecionariedade judicial nas sentenças criminais. 3. Integridade na legislação: a importância de clareza e coerência nas regras legais sobre a aplicação da pena. 4. Integridade no julgamento: por uma maior racionalidade na aplicação da pena. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ronald Dworkin quase não se dedicou diretamente ao crime e à punição, embora estas sejam questões políticas fundamentais em qualquer sociedade. De fato, suas maiores contribuições para a disciplina jurídica foram a elaboração de uma distinção entre regras e princípios, a crítica à discrecionariedade judicial e sua teoria da integridade. Ao longo de sua vida acadêmica, Dworkin publicou inúmeros artigos, a maioria deles compilada na forma de livros. Ele é considerado – com justiça, diga-se – um dos juristas pós-positivistas mais influentes das últimas décadas. Porém, em poucas ocasiões, Dworkin expôs seu pensamento sobre a questão do crime e da pena.

Diante de tal lacuna e dada a importância do pensamento de Dworkin para o conhecimento jurídico, pode-se fazer um exercício de extrapolação de suas ideias e teorias para o campo da penologia. Estudos anteriores já procuraram identificar possíveis efeitos das

teorias de Dworkin sobre os julgamentos criminais: a utilização dos princípios da autodeterminação e da igualdade no desenvolvimento de uma teoria da pena centrada na vítima (CHIESA, 2007); a aproximação entre uma teoria da moralidade e teorias sobre a punição (HUIGENS, 2007); o emprego de sanções extrapenais (*extra-curial punishment*) como circunstâncias de mitigação na aplicação da pena, entre outros (FELLOWS; CHONG, 2016).

A pergunta a ser respondida no presente artigo é a seguinte: é possível uma leitura dworkiniana de questões relacionadas à pena e sua aplicação? Mais especificamente: a obra de Dworkin nos ajuda a pensar sobre a melhor forma de estruturar a determinação judicial das sanções? Essas são as perguntas centrais que constituem o problema a ser enfrentado no presente artigo.

De modo mais claro, podem ser destacados dois aspectos do pensamento de Dworkin com potencial efeito no campo do crime e da punição. Primeiro, a perspectiva marcadamente antiutilitarista do pensamento de Dworkin rejeitaria, do ponto de vista teórico, modelos consequencialistas de justificação da pena, geralmente, agrupados em torno das ideias de prevenção criminal geral (dissuasão), incapacitação e, mais recentemente, atuarialismo. Não dedicaremos nossa atenção a essa primeira observação, que já foi alvo de críticas, como a que envolve uma suposta ausência de coerência desta posição apriorística oposta ao utilitarismo (SIMONS, 2010). A nós interessa, particularmente, a) a crítica de Dworkin à discricionariedade judicial, que recomenda a construção de um regime jurídico de aplicação da pena que reduza a margem de liberdade dada aos julgadores por ocasião da sentença; e b) em especial, a teoria da integridade do direito (*law as integrity*), a qual parece ter aplicação no campo da penologia, tanto na atividade legislativa, isto é, na criação das regras jurídicas positivadas que orientam os juízes na fixação das penas (integridade na legislação ou princípio legislativo), quanto em sua efetiva determinação judicial no momento da sentença (integridade no julgamento ou princípio adjudicativo).

A integridade do direito será examinada a partir de uma abordagem bifurcada das principais tradições jurídicas ocidentais em *common law* e *civil law*: assim, veremos que o princípio legislativo é proeminente nos países de tradição romano-germânica, de forte cultura legalista positivista; por outro lado, nas jurisdições da *common law*, as regras jurídicas expressas costumam ter menor relevância e a construção do direito é gradual e ocorre pela via da jurisprudência. Tal distinção será fundamental na identificação do significado e do alcance das exigências de integridade em países romano-germânicos, onde a aplicação da pena é regulada predominantemente por leis, e nos países anglo-saxões, nos quais outras fontes jurídicas encontram-se em ação, sobretudo as chamadas *sentencing guidelines* (FRASE, 2005; WASIK, 2008; ASHWORTH; ROBERTS, 2013; PADFIELD, 2013; TONRY, 2016).

Analisaremos, a partir do pensamento de Dworkin, a difícil questão da discricionariedade na aplicação da pena, reconhecendo, desde logo, a necessidade de equilibrar a individualização da sanção e a segurança jurídica (previsibilidade). A questão é relevante, pois um dos temas centrais em toda a obra de Dworkin é sua crítica à discricionariedade judicial, ou seja, à subjetividade das decisões (decisionismo). A solução para tal problema seria dada pela “resposta correta” a cada *hard case*, que é a forma engenhosa como Dworkin trata os casos a serem resolvidos diante da insuficiência das regras jurídicas. O mesmo problema –

a discricionariedade – também ocorre no âmbito das sentenças criminais. Embora haja, em qualquer sistema jurídico, um regime legal positivado de aplicação da pena, a experiência tem revelado significativa disparidade nas sentenças criminais, colocando em risco a integridade do direito (Dworkin).

Nosso objetivo, portanto, é duplo: primeiro, adicionar novos elementos ao corpo de conhecimento existente sobre o pensamento de Ronald Dworkin, especificamente, no âmbito da penologia; segundo, contribuir para uma importante discussão acadêmica, que possui profunda repercussão na prática judiciária, sobre a discricionariedade dos juízes na determinação das sanções criminais. Resumidamente, a intenção é explorar as possibilidades de aplicação do pensamento de Dworkin às questões fundamentais do crime e da punição, assuntos do interesse de todas as sociedades modernas.

Por fim, embora a concepção dworkiniana de integridade no Direito englobe padrões éticos de comportamento e valores morais de uma comunidade – elementos que fariam parte, portanto, da análise da adjudicação de processos criminais –, o foco do presente estudo é investigar como uma maior integridade pode ser alcançada, aprimorando-se a metodologia de aplicação das penas vigente em uma determinada jurisdição, seja na legislação, seja nas “diretrizes de sentença” (*sentencing guidelines*).

2. A INTEGRIDADE DO DIREITO (*LAW AS INTEGRITY*) EM RONALD DWORKIN COMO FUNDAMENTO DE LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NAS SENTENÇAS CRIMINAIS

Ronald Dworkin notoriamente lançou as bases de sua tese da integridade no direito no livro *O império do direito*, publicado em 1986. Enveredando pela teoria política, Dworkin concebeu os ideais de uma estrutura/comunidade política como virtudes: virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. A esses três ideais ou virtudes, pode-se acrescentar um outro ideal, às vezes, identificado sob o clichê de que casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida. Porém, para Dworkin, tal clichê não está à altura do verdadeiro significado de integridade, entendida como uma exigência de moralidade política, a qual “[...] exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” (DWORKIN, 2014, p. 201). Esse é o nobre significado político de integridade no pensamento dworkiniano, que constitui a base para a formulação de toda sua teoria jurídica, afinal “[...] a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos” (DWORKIN, 2014, p. 203).

A tese dworkiniana de *law as integrity* pode ser examinada sob três aspectos principais: função/finalidade, conteúdo e dinâmica. Com relação ao primeiro desses aspectos, a integridade se encontra em relação direta com a própria autoridade moral do direito, de maneira que um Estado no qual a integridade seja aceita e praticada como um ideal político possui um argumento melhor em favor da legitimidade de seu poder de coerção (DWORKIN, 2014). Particularmente, tal assertiva nos leva a concluir que a integridade é uma condição

necessária da legitimidade da lei penal, a qual se apresenta como o maior instrumento estatal de coerção e que, por isso mesmo, mais depende de argumentos fortes para se legitimar.

Por sua vez, quanto ao conteúdo da integridade, Dworkin enumera dois princípios práticos resultantes da exigência da *law as integrity*: primeiro, o princípio da integridade na legislação, “que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios” (DWORKIN, 2014, p. 203). Encarada como princípio legislativo, a integridade possui um forte aspecto negativo, restringindo o que legisladores e outros participantes na criação do direito podem fazer ao criarem ou alterarem regras jurídicas públicas. Segundo, o princípio de integridade no julgamento, ou princípio adjudicativo, que “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” (DWORKIN, 2014, p. 203). Toda deliberação judicial deve, por consequência, interpretar e aplicar o conjunto de leis de modo mais coerente, ou íntegro, possível; no desempenho de tal tarefa, juízes e tribunais, muitas vezes, precisarão descobrir normas implícitas que os auxiliem a compreender a coerência moral do sistema de princípios e regras.

O terceiro aspecto antes mencionado envolve a integridade em ação ou sua dinâmica no dia a dia de legisladores e juízes. Interessa ao objeto de nossa investigação a compreensão da integridade como chave interpretativa das práticas judiciais, permitindo uma avaliação política e moral da forma como juízes decidem os casos difíceis em seu dia a dia (DWORKIN, 2014). A dinâmica do processo adjudicativo, na formulação de integridade em Dworkin, envolve a compreensão de sua crítica à discricionariedade judicial, a chamada “tese da resposta correta” e a analogia literária conhecida como *romance em cadeia*.

Embora o próprio significado do famoso debate Hart-Dworkin, assim como seu desfecho, sejam motivo de controvérsia (CULVER, 2001; LEITER, 2003; SHAPIRO, 2007; STRECK, 2013), na essência, a discordância entre H. L. A. Hart e Ronald Dworkin sintetiza a oposição entre as tradições do positivismo e do pós-positivismo jurídico: o que deve fazer um juiz diante de um caso para o qual não exista regra jurídica aplicável, portanto, um caso difícil? Estará ele autorizado a decidir discricionariamente, criando uma norma jurídica? O tema da discricionariedade judicial encontra-se no coração do debate entre positivistas e não positivistas. Por ele ser fundamental quando tratamos da aplicação da pena nos processos criminais, precisamos dedicar mais atenção à crítica de Dworkin sobre a atuação judicial criativa e sua ideia de “única resposta correta” (*one-right-answer thesis*).

Dworkin sempre rechaçou a lógica positivista segundo a qual, na ausência de regra válida, não existiria obrigação jurídica e, assim, o juiz, diante de um caso difícil, poderia criar o direito. Para ele, haveria sempre algum *standard* normativo – regra ou princípio – que o juiz poderia utilizar para decidir um caso concreto. Aos juízes não é permitido julgar discricionariamente, por seus próprios critérios de justiça. O “decisionismo”, essencialmente subjetivo, é negado sob uma perspectiva dworkiniana. Há, para todos os casos, fáceis ou difíceis, uma única resposta correta, que aplique as regras e os princípios vigentes em uma dada sociedade de forma íntegra. A teoria jurídica de Dworkin é, assim, marcadamente antidiscricionária (STRECK, 2013). Mas como um juiz pode, na prática, decidir um *hard case* sem recorrer a critérios pessoais de julgamento, aplicando apenas o direito? É por todos conhecida a expressão “romance em cadeia” (*chain novel*), que foi a ferramenta didática

desenvolvida por Ronald Dworkin para explicar como a integridade no direito funcionaria na prática judicial. A *law as integrity*, sobretudo na *common law*, exige que o juiz se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. A decisão judicial não é produzida em um vazio, mas, sim, em constante diálogo com a história e a tradição institucional (do Poder Judiciário). Referindo-se a um juiz qualquer, Dworkin (2014, p. 286) explica:

“Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão.”

Evidentemente, não passa de uma engenhosa metáfora a ideia de que a tarefa judicial de adjudicação¹ seja análoga ao trabalho de um escritor que precisa dar continuidade a uma obra em andamento, em um exercício de escrever um romance como um texto único, coerente e integrado. O escritor possui liberdade criativa não mais que limitada, pois o que dele se espera é que dê ao romance a melhor continuação possível. A comparação fértil que Dworkin faz entre literatura e direito nos permite compreender aspectos cruciais de sua teoria jurídica, de sua crítica à discricionariedade (liberdade) judicial e, principalmente, de sua poderosa noção de integridade.

Um de seus maiores críticos, Jeremy Waldron lamenta que o próprio Dworkin não tenha desenvolvido sua tese da integridade de forma mais completa depois de escrever *O império do direito*. Em especial, o tema poderia ter sido retomado na penúltima obra de Dworkin, *Justice for hedgehogs*, lançada em 2011. Neste livro, Dworkin concentrou seus esforços em desenvolver outra tese, a da unidade entre o Direito e a moral. Waldron considera que o “argumento enigmático” de Dworkin sobre a integridade em *O império do Direito* deveria ter sido esclarecido (WALDRON, 2019, p. 2). Pensamos que a tese inicial da integridade continua robusta até os dias atuais, merecendo um contínuo trabalho de interpretação.

Como os elementos do pensamento de Dworkin se refletem no campo da penologia, mais precisamente na aplicação da pena (*sentencing*)?

Sempre se afirmou que a aplicação da pena é uma tarefa essencialmente discricionária. Cada processo deve ser decidido pelo juiz de acordo com suas peculiaridades, pois nenhum caso é exatamente igual a outro. Todavia, o exercício da discricionariedade judicial pode levar a um efeito problemático à administração da justiça: a disparidade nas sentenças criminais. Reprimendas penais muito distintas aplicadas em casos semelhantes violam a própria ideia de justiça e minam a credibilidade do Poder Judiciário (CAMPOS, 2021a, 2021b).

Trata-se de um problema universal. Soluções legais e práticas judiciais voltadas a limitar e controlar a discricionariedade no momento da aplicação da pena variam de país a país

1. Adjudicação, na língua inglesa, é sinônimo de decisão judicial. O tema da discricionariedade judicial é tratado, no pensamento de Ronald Dworkin, como parte indispensável de uma “teoria da adjudicação”, que envolve questões complexas como a da criação judicial do Direito e a da “resposta correta” (COURA; FREIRE JR., 2013; ZANOTTI; COURA, 2014).

(ASHWORTH, 2009; CAMPOS, 2021a, 2021b). De maneira bastante simplificada, pode-se afirmar que, nas jurisdições de tradição romano-germânica (*civil law*), o legislador estabelece regras gerais e abstratas para orientar os juízes na tarefa de determinação da pena mais adequada a cada caso concreto. O grau de liberdade que tal regime legal confere à adjudicação dependerá de uma série de fatores, sobretudo relacionados à linguagem das regras. Voltaremos a este problema mais tarde. Por outro lado, países que seguem a tradição jurídica anglo-saxã (*common law*) trilharam caminho diverso na definição de critérios para a aplicação judicial das penas. Especialmente a partir da década de 1980, surgiram, nos Estados Unidos da América e, logo em seguida, na Inglaterra e no País de Gales, as chamadas *sentencing guidelines*. Editadas por comissões legitimamente criadas com tal finalidade (as *sentencing commissions*), as diretrizes de sentenças baseiam-se nas práticas reais de sentenças criminais e variam significativamente em sua forma e metodologia, podendo se assemelhar a uma grade numérica (*numerical grid*), como no estado norte-americano de Minnesota e, com algumas diferenças significativas, na jurisdição federal dos Estados Unidos da América, ou apresentarem uma espécie de passo a passo textual, caso da Inglaterra e do País de Gales. Em comum, todos os sistemas que adotam *guidelines* visam a reduzir a discricionariedade judicial, fornecendo guias para a aplicação da pena compatíveis com a gravidade da infração penal praticada e a culpabilidade do agente (FRASE, 2005; WASIK, 2008; ASHWORTH; ROBERTS, 2012, 2013; PADFIELD, 2013; TONRY, 2016).

Dworkin considerava a discricionariedade judicial como um problema. O subjetivismo na tarefa de adjudicação viola a ideia de integridade no direito. Nos processos criminais, quando um juiz condena e determina a pena a ser cumprida por um réu, excessivo decisionismo pode levar à falta de consistência na alocação das sanções, transformando a decisão judicial em arbítrio. Sustentamos que a aplicação da pena pelos juízes deve se submeter à ideia dworkiniana de integridade, com inúmeras implicações teóricas e, principalmente, práticas.

Na literatura especializada, costuma-se afirmar que a aplicação da pena envolve uma constante tensão entre individualização e consistência (previsibilidade). Por um lado, a ideia fundamental de fazer justiça no caso concreto exige que os juízes tenham discricionariedade suficiente para atingirem a sentença mais “correta” possível, que reflita o caráter único de cada infração penal e de seu autor. Esse é o ideal de individualização: dificilmente, duas penas serão iguais, mesmo quando as circunstâncias relevantes do caso forem semelhantes. De fato, se quisermos perseguir esse ideal, um certo nível de inconsistência nas sentenças seria aceitável e até inevitável (KRASNOSTEIN; FREIBERG, 2013). A individualização é necessária diante do “polimorfismo dos casos concretos” (RODRIGUES, 2014, p. 54). Por outro lado, penas aplicadas consistentemente significam que dois casos semelhantes precisam receber a mesma punição; a previsibilidade da pena passa a ser mais importante que a possibilidade de que os juízes possam encontrar a pena mais adequada ao caso (*fit sentence*). A consistência também é um ideal, que já foi descrito como uma virtude (TATA; HUTTON, 1998) ou “um fim em si mesmo” (PINA-SÁNCHEZ; LINACRE, 2016, p. 69).

Na zona em que se situa entre estes dois ideais, é um grande desafio a tarefa de individualizar a reprimenda sem comprometer a desejada consistência na aplicação da pena.

Limitações à discricionariedade judicial são necessárias se o sistema legal pretende seriamente evitar que magistrados profiram sentenças de forma inconsistente e arbitrária. Marvin E. Frankel, certa vez, considerou que a discricionariedade ilimitada que juízes tinham nos EUA, na década de 1970, equivalia a uma “ausência de lei” ou *lawlessness* (FRANKEL, 1972). De lá para cá, as coisas mudaram significativamente, tanto na jurisdição federal quanto na maioria das jurisdições estaduais. As *guidelines* tornaram-se influentes. Elas buscam limitar ou controlar a discricionariedade judicial, dando integridade ao processo de adjudicação. Nos países da *civil law*, cabe ao legislador, em primeiro lugar, e ao trabalho da jurisprudência, na sequência, prescrever regras que guiam a aplicação da pena, controlando a liberdade de juízes e, assim – ao menos em tese –, reduzindo o potencial de proliferação de sentenças muito díspares.

Integridade é muitas vezes tomada como coerência, isto é, como decidir casos semelhantes do mesmo modo. Dworkin ensinava, no entanto, que integridade não é exatamente sinônimo de coerência. A aplicação da pena por juízes deve interpretar as normas públicas de um país – leis ou, particularmente no mundo da *common law*, as *guidelines* de sentença – de maneira a expressar “um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção” (DWORKIN, 2014, p. 264). Portanto, a coerência é uma decorrência lógica da exigência de integridade. Esta, porém, é mais ampla; é a integridade, tal como teorizou Dworkin, que impõe maior consistência nas penas, como valor fundamental à adjudicação em processos criminais.

3. INTEGRIDADE NA LEGISLAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DE CLAREZA E COERÊNCIA NAS REGRAS LEGAIS SOBRE A APLICAÇÃO DA PENA

Como já salientado, Dworkin distinguia duas exigências distintas de sua ideia de integridade no direito: um princípio legislativo, voltado à elaboração das regras jurídicas em geral, e um princípio adjudicativo, preocupado com o processo de deliberação judicial. Ambos têm por objetivo assegurar que o direito seja criado, interpretado e aplicado de modo coerente e em conformidade aos valores e princípios compartilhados em uma dada comunidade.

Na seção anterior, demonstramos como a *law as integrity* se relaciona com o tema da aplicação da pena. A crítica feita por Dworkin à discricionariedade judicial que, por sua vez, resulta da tese da única resposta correta, claramente produz efeito na forma como um determinado sistema jurídico aborda a questão da alocação das punições. As ideias de Dworkin, portanto, são perfeitamente compatíveis com uma preocupação central em todo regime de aplicação de pena e nas práticas judiciais de *sentencing*: como limitar a discricionariedade dos juízes sem retirar deles a possibilidade de chegar a uma sentença adequada? Em linguagem dworkiniana: como conferir maior integridade às sentenças criminais, de maneira que o conjunto de sanções distribuídas em sociedade como somatório das decisões individuais forme um todo coerente e que expresse ideais da própria comunidade?

Dada a variedade de mecanismos adotados mundialmente para resolver essa intrigante questão, nossa abordagem, de agora em diante, será necessariamente bifurcada: em primeiro lugar, examinaremos como a *integridade na legislação* opera nos sistemas jurídicos da *civil law*, apontando alguns de seus principais pontos fortes e deficiências; em segundo, procuraremos identificar as mesmas qualidades e os principais defeitos nos países da *common law*, com foco na forma como as diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*) impactam as práticas judiciais – a *integridade no julgamento* de Dworkin.

Nos países da *civil law*, os juízes encontram previsões legais expressas sobre uma série de questões relacionadas à aplicação da pena, tais como funções/finalidades da pena, espécies de pena, limites mínimo e máximo, circunstâncias agravantes e atenuantes, critérios de preponderância, entre outros. Em tais jurisdições, é a própria lei que estabelece uma metodologia, mais ou menos clara, a guiar os juízes em suas sentenças condenatórias. Em princípio, sistemas de aplicação de pena codificados, como na *civil law*, permitiriam menor discricionariedade (TESKE; ALBRECHT, 1992), o que lhes daria uma vantagem relativa em comparação aos sistemas de *sentencing guidelines* da *common law*. Essa é uma hipótese que precisaria ser testada empiricamente, mas este não é um dos propósitos deste artigo.

Analisar de forma detalhada a metodologia adotada pelas legislações dos países da *civil law* é certamente uma tarefa difícil, dada a variedade de regras jurídicas sobre a aplicação da pena. É também uma empreitada abrangente, que exigiria um esforço comparativo incompatível com os limites do presente artigo. Não obstante, destacaremos ao menos quatro aspectos essenciais dos Códigos Penais de algumas jurisdições da tradição de *civil law*, que nos permitirão chegar a um singelo diagnóstico da integridade na legislação em tais países.

Primeiro, uma questão fundamental a ser identificada nos Códigos Penais dos países da *civil law* é a de haver, ou não, expressa previsão na lei sobre as funções ou finalidades da pena, que podem variar entre reprovação (retribuição), prevenção do crime, tratamento, incapacitação, entre outras. Por exemplo, o Código Penal de Portugal (Decreto-Lei 48/1995), em seu artigo 40, 1, estabelece que a aplicação das penas visa à proteção de bens jurídicos e à reintegração do agente na sociedade. Já o artigo 70, 1, exige que o juiz determine a pena final em função da culpa do agente e de considerações de prevenção. De modo similar, a lei penal brasileira elenca como objetivos da pena a reprovação e a prevenção do crime (Decreto-Lei 2.848/1940, artigo 59). O sincretismo legislativo fica para ser resolvido pelo juiz, a quem incumbirá optar pela finalidade prevalente, caso a caso. Em alguns países, os legisladores não fornecem aos juízes orientação mínima sobre os propósitos da punição. É assim na Itália (*Regio Decreto 19 ottobre 1930*, 1398) (MANNOZZI, 2002) e na Espanha (*Ley Orgánica 10/1995*), países da Europa continental de tradição legalista. Na Alemanha, o Código Penal (*Strafgesetzbuch* ou StGB) indica que a punição precisa ser proporcional à culpa do criminoso e à gravidade da infração penal (§ 46 StGB), assim impondo um requisito geral de proporcionalidade retributiva (FRASE, 2001). Há quem veja, ainda, uma finalidade reabilitativa da pena na regra segundo a qual o efeito da punição na vida futura do réu em sociedade deve ser levado em consideração pelos juízes (§ 46, (1) StGB) (STRENG, 2007). Parece haver um compromisso entre uma posição retributivista tradicional e uma

orientação mais favorável a finalidades preventivas da pena (WEIGEND, 2001), embora tal conciliação não fique clara.

A explicitação pelo legislador das funções/finalidades da pena é essencial para a integridade de toda tomada de decisão sobre a melhor punição a ser imposta a alguém que comete uma infração penal. Sem uma noção clara sobre os propósitos da aplicação da pena, juízes irão adjudicar os processos criminais discricionariamente, perseguindo concepções particulares de justiça. É certo que nem sempre haverá uma única *rationale* (por exemplo, dissuasão ou reabilitação); é possível que o legislador escolha uma ou duas finalidades principais para as penas, como em Portugal e no Brasil, ou, de modo mais controverso, na Alemanha. O problema maior ocorre quando não há indicação na lei a nenhum propósito em especial da aplicação da pena ou, no extremo oposto, quando o legislador enumera todos os possíveis fins da punição e deixa para o exclusivo arbítrio dos juízes a escolha da finalidade de sua preferência². Em tal cenário, torna-se virtualmente impossível pensar em coerência e integridade em um sentido dworkiniano.

Segundo, normalmente os legisladores definem, de antemão, os limites mínimo e máximo da pena de prisão em geral, e das penas que podem ser aplicadas especificamente para cada crime. A título de exemplo, o Código Penal espanhol estabelece que a duração das penas de prisão varia entre três meses e 20 anos (artigo 36, 2). No caso específico de delito de roubo cometido com violência ou intimidação à vítima, a pena prevista na lei é de dois a cinco anos de prisão (artigo 242). Essa é a mesma técnica adotada nos Códigos Penais da Itália, de Portugal e do Brasil: cada crime possui um limite mínimo e um limite máximo, formando um intervalo conhecido como “margens penais” ou moldura penal (*frame*). Dentro do intervalo determinado pelo legislador, o juiz fixará a quantidade de pena adequada à gravidade do caso. Obviamente, ele não é livre para realizar tal operação, na medida em que outras regras da lei penal prescreverão etapas metodológicas para a “calibragem” da pena, isto é, sua correta individualização. De toda maneira, a discricionariedade judicial na aplicação da pena se move dentro do intervalo das margens penais e, provavelmente, a liberdade será maior ou menor, a depender de, pelo menos, dois critérios ou fatores: 1) elasticidade das margens mínima e máxima de pena estabelecidos pelo legislador, de modo que, quanto maior for o intervalo, maior será o potencial de discricionariedade, como observam, entre outros, Weigend (2001) e Nestler (2003) a respeito do Código Penal alemão, que veremos a seguir; e 2) rigidez das demais etapas da metodologia legal de aplicação de pena, por exemplo, na enumeração de causas de agravamento e mitigação e, principalmente, na previsão pela lei de critérios numéricos/matemáticos para as sucessivas operações de aumento e/ou diminuição da sanção.

Por outro lado, a lei alemã adota uma técnica significativamente diferente: as penas de prisão duram entre um mês e 15 anos (§ 38 (2), StGB), o que não a distingue da lei espanhola, antes mencionada. Porém, especificamente para o delito de roubo sem circunstâncias

2. Fora do mundo da *civil law*, Andrew Ashworth critica a regra da Seção 142 do *Criminal Justice Act* (2003), vigente na Inglaterra e no País de Gales, por estabelecer uma abordagem em estilo *pick-and-mix* para a aplicação da pena pelos juízes (ASHWORTH, 2015, p. 82).

agravantes, a pena mínima é de um ano de prisão (§ 249, (1) StGB); se o agente carrega consigo uma arma, a pena mínima passa a ser de três anos (§ 250, (1) StGB); se efetivamente utiliza uma arma durante a prática da infração penal, a pena mínima sobe para cinco anos (§ 250, (2) StGB). Limites máximos de pena específicos para cada crime não costumam ser previstos no *Strafgesetzbuch*, apenas o teto geral de 15 anos. Em termos de discricionariedade e integridade, não é difícil perceber como, ao menos em potencial, a falta de uma margem penal superior específica a cada delito introduz um elemento de indeterminação na tarefa de adjudicação. Indeterminação na aplicação da pena é sinônimo de discricionariedade. Quanto maior for o espaço reservado à liberdade de atuação dos juízes (decisionismo), menor será a conformidade de tal sistema à ideia de *law as integrity*.

Além disso, um outro problema surge quando não há regra expressa determinando um limite máximo de pena específico a cada delito: a quebra da proporcionalidade, que deve existir, entre a gravidade do crime e a sua punição e entre as punições a distintos tipos de delitos (proporcionalidade relativa ou *ordinal proportionality*). Seria possível, em tese, que um juiz condenasse à mesma pena de três anos de prisão um acusado que cometeu crime de furto e um outro acusado que praticou roubo. Apesar de ser difícil falar em algo como uma “proporcionalidade absoluta”, algumas situações claramente refletem uma “total desproporcionalidade” (ASHWORTH, 2015, p. 120).

Terceiro, dentro dos limites mínimo e máximo de pena para cada crime, os legisladores raramente indicam um ponto de partida (*starting point*), ou seja, uma quantidade de sanção que reflita alguma medida da culpabilidade do agente, e a partir do qual os juízes irão aplicar os fatores de agravamento e mitigação, fazendo o “ajuste fino” da sentença (ASHWORTH; ROBERTS, 2013, p. 7). O Código Penal vigente no Brasil se aproxima de tal ideia, prescrevendo em sua metodologia uma primeira etapa na qual os juízes devem, respeitando o piso mínimo e o teto máximo, encontrar uma pena-base, que servirá às etapas subsequentes (aumento/diminuição da pena). A estratégia adotada pelos legisladores brasileiros, todavia, passa longe de ser satisfatória. Os artigos 59 e 68 do Código Penal determinam que a pena-base será escolhida pelo juiz em consideração aos seguintes critérios: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do réu; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima. Há a mera enumeração de fatores relevantes a serem avaliados, relacionados à pessoa do acusado, à infração penal ou à vítima, mas sem a indicação de qualquer critério numérico. Se, por exemplo, o crime de furto possui pena variável entre um e quatro anos de prisão, quando o juiz partirá de uma pena-base de um, dois ou três anos? Essa é uma questão deixada em aberto pelo legislador no Brasil, em grave prejuízo à integridade na legislação.

Quarto e último, o “ajuste fino” da pena para melhor refletir a gravidade do crime e a culpabilidade de quem o cometeu também varia de país a país. É comum que a legislação enumere uma certa quantidade de fatores que podem agravar ou mitigar a pena. Deve estar claro que tal questão possui relação direta com a individualização: quanto mais circunstâncias de agravamento e mitigação puderem ser utilizadas pelos juízes, maior será a possibilidade de uma individualização genuína da sanção aplicável. De modo contrário, se a lei prevê poucos fatores de agravamento ou mitigação, a sentença final será menos

individualizada, o que significa que ela se ajustará menos de acordo com as circunstâncias de cada crime e do agente criminoso. Por exemplo, se um juiz não puder considerar fatores de mitigação (ausência de antecedentes criminais, menor participação do réu no delito, doença mental, arrependimento, comportamento da vítima, entre outros) na adjudicação, a sentença possivelmente não refletirá de modo correto a gravidade do crime e a culpabilidade do acusado.

De modo geral, as legislações da *civil law* preveem uma lista, mais ou menos extensa, de circunstâncias, que normalmente serão utilizadas para “adaptar as penas às exigências do caso concreto” (RODRIGUES, 2014, p. 139). A tais circunstâncias, de agravamento ou mitigação, cabe um papel modificativo da severidade final da pena, caracterizando um importante instrumento judicial de determinação da punição mais adequada dentro das margens penais ou moldura penal (*frame*) abstrata.

A calibragem da pena também se relaciona de forma íntima com o problema da discricionariedade judicial e, portanto, com a integridade. Nesse particular, uma grave deficiência da legislação de muitos países da *civil law* é a frequente ausência de critérios numéricos para decisões de aumento e/ou diminuição de pena.

Os artigos 21 e 22 do Código Penal da Espanha enumeram, respectivamente, fatores que atenuam a pena (influência de bebida alcoólica ou substância estupefaciente; confissão; reparação do dano causado pelo crime à vítima, entre outros) e fatores que agravam a responsabilidade criminal (prática de delito por traição, recompensa ou promessa; reincidência; motivação racista ou relacionada à discriminação em virtude de ideologia, religião, etnia, raça, sexo, idade, orientação sexual, entre outros). Para fins de orientação quantitativa dos juízes, a lei espanhola utiliza expressões como “metade superior”, “metade inferior” ou “pena superior ou inferior em grau”. A forma de cálculo da pena é a seguinte: diante de uma única circunstância atenuante, o juiz aplicará a pena na metade inferior à fixada por lei; havendo duas ou mais atenuantes, sem agravantes, a pena aplicada será inferior em um ou dois graus à prevista em lei; se houver apenas um fator de agravação, sem atenuantes, o juiz deverá aplicar a pena na metade superior à estabelecida por lei; por fim, estando simultaneamente presentes duas ou mais causas de agravamento, e nenhuma atenuante, a pena ficará um grau acima da prevista em lei, em sua metade inferior (artigo 66).

A “metade inferior ou superior” da pena se calcula dividindo o intervalo das penas mínima e máxima por dois, somando o resultado da pena mínima para calcular o novo limite máximo, ou diminuindo tal resultado da pena máxima para calcular o novo limite mínimo. Por exemplo, em um crime com pena de dois-oito anos, a metade inferior será de dois-cinco anos, e a metade superior, de cinco-oito anos.

Pena “superior” ou “inferior” em graus consiste na seguinte operação matemática: a pena superior em um grau se formará partindo da cifra máxima estabelecida por lei para o crime, aumentando-se de uma metade, de tal modo que a soma resultante seja o novo limite máximo. O limite mínimo da pena superior em um grau será o máximo da pena prevista no Código Penal, somando-se mais um dia (no caso, se a pena for de prisão). Por exemplo, se um delito possui pena de dois-quatro anos, a pena superior em um grau seria de quatro anos e um dia até seis anos. À pena inferior em um grau, se aplica o mesmo raciocínio, apenas

inverso. Portanto, de maneira geral, é possível identificar que, na *civil law*, a quantificação de cada fator de agravamento ou mitigação da pena segue alguns critérios previstos expressamente na legislação. Contudo – e esse é o ponto que desejamos enfatizar –, o regime legal espanhol, como em outras jurisdições, é insuficiente para circunscrever a discricionariedade dos juízes dentro de margens penais mais estreitas. Em outras palavras, nem mesmo a existência de critérios numéricos para determinação de ajustes na pena, para cima ou para baixo, resultantes de circunstâncias agravantes ou atenuantes, é capaz de assegurar, por si só, maior integridade à adjudicação.

No Código Penal do Brasil, o problema é ainda mais grave. Na lei brasileira, existem dois tipos básicos de fatores de agravamento e mitigação: circunstâncias *gerais* de agravamento/mitigação, que valem para qualquer crime (posição de liderança na prática de crimes quando há outros agentes envolvidos; cometimento do crime motivado por pagamento ou promessa de recompensa financeira, entre outras), e circunstâncias *especiais* de agravamento/mitigação, específicas a cada delito (furto praticado durante o repouso noturno ou pequeno valor do objeto furtado, entre outras). Com relação à primeira espécie, o Código Penal simplesmente não prevê nenhum critério numérico que auxilie os juízes a ajustar a pena quando estiver presente alguma circunstância de agravamento ou atenuação. A discricionariedade passa a ser total, com sério risco à igualdade de tratamento de casos semelhantes e, por consequência, à integridade das sentenças criminais.

Portugal parece oferecer um exemplo melhor na quantificação relacionada a fatores de agravamento e mitigação. Com efeito, de acordo com o Código Penal português, o reconhecimento de uma circunstância atenuante pelo juiz é capaz de alterar as margens penais, da seguinte maneira: a) o limite máximo da pena de prisão será reduzido de um terço; e b) o limite mínimo da pena de prisão será reduzido a um quinto se for igual ou superior a três anos, ou ao limite mínimo geral (um mês) se for inferior a três anos (artigo 73).

Um outro aspecto não pode deixar de ser mencionado: especialmente no Brasil, há farta literatura apontando, com alguma variação, que o problema da discricionariedade judicial é o resultado de, no mínimo, dois sérios problemas: a) vagueza da linguagem utilizada pelo legislador nas regras da dosimetria penal ou “alto grau de ambiguidade conceitual” (CARVALHO, 2020a, p. 312), por exemplo na definição das circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade do réu, conduta social e motivos (artigo 59 do CP); e b) ausência de indicação, na lei, de quanto cada uma das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes deve impactar o cálculo da pena (STOCO, 2014, 2019; ROIG, 2015; TEIXEIRA, 2015; CARVALHO, 2020a, 2020b). O diagnóstico feito em tais estudos é correto, mas procuramos identificar em nossa pesquisa outras fontes de potencial discricionariedade na metodologia legal de aplicação da pena.

Resumidamente: nas jurisdições componentes da *civil law*, cabe à lei definir uma metodologia e seus critérios relevantes de orientação a juízes sobre como deve ser feita a aplicação das penas. A vantagem óbvia da tradição legalista é que a aplicação das penas nunca será inteiramente arbitrária; diante de uma estrutura metodológica determinada pelo legislador, não podem os juízes simplesmente ignorar a lei. O regime legal de aplicação de pena é obrigatório e não facultativo; há, para os juízes, um dever de *compliance* automático,

que, na tradição da *civil law*, não admite exceções. A obrigatoriedade de utilização da metodologia legal pelos juízes é uma importante ferramenta de prevenção do arbítrio judicial, fornecendo as condições fundamentais para maior integridade na aplicação das penas, ao menos no plano teórico.

Entretanto, os problemas das regras legais são tantos que não podemos concluir que a aplicação das penas ocorra de modo coerente dentro da tradição de legalidade, de maneira a expressar um princípio ideal de justiça compartilhado coletivamente. A *civil law* ainda luta para alcançar maior coerência nas sentenças criminais, estando longe da ideia de integridade defendida, em termos mais amplos, por Ronald Dworkin. A ausência de autêntica integridade na legislação acarreta que as punições serão aplicadas não em consonância com justificativas racionais (retribuição, prevenção do crime, reabilitação), mas por puro pragmatismo judicial (NESTLER, 2003).

É bem verdade que, para tentar suprir a relativa falta de integridade na legislação dos países da *civil law* no tema da aplicação da pena, a tarefa de preencher algumas das lacunas legais recai sobre os julgamentos dos tribunais de apelação e tribunais superiores, com o desenvolvimento de critérios jurisprudenciais de quantificação das sanções. A confiança excessiva em tais critérios, porém, foge da própria tradição de legalidade, pois deposita na mão de juízes o papel de tentar conferir integridade à aplicação das penas. Não parece ser o melhor caminho a seguir. É necessário o constante aprimoramento das leis reguladoras da punição, tornando o sistema de aplicação das penas mais claro, racional e antidiscrecional.

4. INTEGRIDADE NO JULGAMENTO: POR UMA MAIOR RACIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

No mundo da *common law*, a aplicação da pena sempre foi uma atividade essencialmente discrecional. Durante boa parte do século XX, vigorou nos Estados Unidos da América um modelo de penas indeterminadas (*indeterminate sentencing*), que permitia aos juízes o gozo de ampla liberdade. A legislação federal e estadual definia apenas limites máximos de penas; raramente, havia limites mínimos previstos em lei. Cabia aos juízes decidir condenar um acusado à pena de prisão e por qual tempo máximo. A decisão final sobre o tempo efetivo em que uma pessoa condenada cumpriria sua pena encarcerada ainda dependia, essencialmente, de decisão discrecional das *parole boards*, autoridades responsáveis pelo exame de pedidos de livramento condicional (TONRY, 1996). No plano teórico-filosófico, até 1970, a punição era justificada por motivos utilitaristas, basicamente a ideia de reabilitação. A partir de então, o correccionalismo passou a ser questionado por sua falta de efetividade, resultando no “declínio do ideal de reabilitação” (GARLAND, 2001, p. 8).

No plano pragmático, a discrecionalidade irrestrita presente no regime de penas indeterminadas também passou a encontrar limites a partir da segunda metade do século XX. Na maioria dos países, os próprios tribunais decidiram controlar as disparidades das sentenças criminais por meio de autorregulação (*judicial self-regulation*): no julgamento de recursos de apelação (*appellate review*), as Cortes de Apelação então fixaram princípios gerais

relativos à aplicação da pena, que serviriam, em casos futuros, de orientação aos juízes. Na Inglaterra e no País de Gales, a partir de 1960, o Tribunal de Apelação iniciou o movimento de *guideline judgments*, assentando alguns critérios e princípios para a correta individualização da pena. Esperava-se que tal modelo assegurasse alguma uniformidade nas sentenças criminais na medida em que seria um sistema “construído por juízes para juízes” (ASHWORTH, 2009, p. 244), o que facilitaria o apoio e a adesão dos membros do Poder Judiciário a suas orientações. Entretanto, um dos problemas da autorregulação judicial é que nem sempre os julgamentos pelos tribunais são coerentes e sólidos em sua fundamentação. A jurisprudência muitas vezes falha em estabelecer critérios claros para aplicação da pena. Nos EUA, as penas indeterminadas predominavam no cenário penal de 1930 a 1975, quando se iniciou um profundo movimento reformador, caracterizado pela adoção de diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*).

As *sentencing guidelines*, portanto, representam o principal desenvolvimento da aplicação da pena nos países da *common law* na última metade de século. Mas o mundo da *common law* não é homogêneo: em alguns países, como o Canadá, o movimento de *sentencing guidelines* jamais ganhou força, cabendo a orientação dos juízes à lei, isto é, ao Código Penal canadense, a exemplo das jurisdições da *civil law*. O artigo 718 da lei canadense, por exemplo, elenca diversos propósitos e princípios da aplicação da pena, como denúncia, dissuasão, incapacitação, reabilitação e reparação do dano à vítima, como se estabelecesse uma “lista de compras” (CAMPBELL, 2002, p. 141) para juízes escolherem. De modo positivo, o legislador do Canadá definiu como princípio fundamental a exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do crime e ao grau de responsabilidade do réu (artigo 718.1). O Código Penal canadense possui regras sobre os principais aspectos da adjudicação (tipos de pena, fatores de agravamento e mitigação, entre outros). Por outro lado, na Austrália, a aplicação da pena durante muito tempo foi deixada à completa discricionariedade dos juízes, até a década de 1990, quando reformas na legislação federal e dos estados estabeleceram regras legais atinentes aos propósitos das penas, às suas espécies e aos fatores relevantes na determinação da punição, como no pioneiro *Sentencing Act* 1991 de Victoria. Não obstante a importância da mudança legislativa, o *ethos* da aplicação da pena pelos juízes australianos ainda é marcadamente discricionário (FREIBERG, 2001). Não há, até o presente momento, comissões de sentença nem *sentencing guidelines* no Canadá e na Austrália. Nesse particular, a trajetória da Escócia tem sido distinta: a história de aplicação discricionária da pena, sem quaisquer *guidelines*, nem mesmo por julgamentos do Tribunal de Apelação (*Appeal Court*) (TATA, 2010), parece estar sendo finalmente revertida, com a criação do Conselho de Sentença escocês no ano de 2015 e a publicação de três *sentencing guidelines*, uma delas tratando dos propósitos e princípios da aplicação da pena, aprovada em 2018.

Embora significativos avanços tenham sido alcançados com as *guidelines*, uma avaliação mais detalhada dos sistemas encontrados em países como EUA e Inglaterra e País de Gales pode revelar que ainda há riscos à integridade na forma como juízes decidem casos individuais e distribuem as punições em sociedade (CAMPOS, 2021). A integridade no julgamento de Dworkin pode necessitar de algumas reformas nas *sentencing guidelines*, com o

objetivo de estabelecer maior controle sobre a discricionariedade judicial, sem comprometer a possibilidade de juízes encontrarem a pena mais justa.

Haveria muitas questões a discutir sobre as *guidelines*, como a correlação entre a utilização das *guidelines* e as taxas de aprisionamento (REITZ, 2013; TONRY, 2016), o impacto dos antecedentes criminais no nível final de severidade da punição (TONRY, 1996; FRASE, 2014; ROBERTS; PINA-SÁNCHEZ, 2014), ou a eficácia das *guidelines* na redução das disparidades na aplicação da pena, inclusive relacionadas à raça, à etnia e ao gênero dos condenados (FRASE, 2005; REITZ, 2013; TONRY, 2016). Entretanto, em termos de integridade, isto é, controle da discricionariedade judicial, três aspectos dos modelos de aplicação de pena vigentes na *common law* merecem destaque: o caráter obrigatório ou facultativo de uma *guideline*, a questão das *departure sentences* e a amplitude das faixas de apenamento.

Primeiro, o sucesso de qualquer tentativa de orientar juízes na tarefa de adjudicação, fornecendo a eles esclarecimentos sobre os propósitos e princípios da aplicação das penas e seus fatores relevantes, depende, pelo menos em princípio, de as *guidelines* terem natureza obrigatória e não facultativa. As *guidelines* do estado de Minnesota, desenvolvidas pela comissão de sentença no início dos anos 1980, sempre foram de aplicação obrigatória. Algo distinto ocorreu na jurisdição federal dos EUA. De acordo com o *Sentencing Reform Act* (1984), as *guidelines* estabelecidas pela então recém-criada *U.S. Sentencing Commission* eram de utilização obrigatória. Magistrados federais norte-americanos não tinham a opção de recusarem a aplicação de pena na forma e nos limites estabelecidos pelas diretrizes. A obrigatoriedade, todavia, foi revertida pela Suprema Corte daquele país no julgamento do caso *United States v. Booker*³, em 2005. Na ocasião, entendeu-se que as provisões legais exigindo que as penas fossem aplicadas em consideração apenas dos fatores e circunstâncias expressamente reconhecidos nas *guidelines*, somado à rigidez das diretrizes emanadas da comissão federal, violavam o direito a um julgamento pelo Tribunal do Júri, previsto na Sexta Emenda à Constituição dos EUA, e a ideia de individualização da pena. Depois de *Booker*, as *guidelines* federais passaram a ter caráter meramente facultativo.

Já na Inglaterra e no País de Gales, inicialmente por força da Seção 125(1) do *Coroners and Justice Act* (2009), depois revogado pelo *Sentencing Act* (2020), existe um dever geral de os juízes seguirem as *sentencing guidelines* relevantes que se apliquem em um determinado caso, salvo se tal for contrário aos interesses da justiça (Seção 59(1)).

Segundo, a questão da obrigatoriedade precisa ser analisada em conjunto com a da flexibilidade interna da *guideline*, ou seja, a possibilidade de que os juízes, em determinadas situações explicitamente reconhecidas, considerem aplicável uma exceção à pena recomendada pela diretriz, que seria a pena presumivelmente correta (*presumptive sentence*) para um determinado caso. As hipóteses em que fica autorizada uma pena diversa daquela sugerida pela *guideline*, isto é, uma *departure sentence*, precisam ser examinadas para uma melhor compreensão do nível de flexibilidade conferido aos juízes na aplicação da pena.

3. 543 U.S. 220 (2005).

É interessante perceber que a simples obrigatoriedade da *guideline* não é suficiente para assegurar que juízes irão, efetivamente, aplicar penas em consonância com a metodologia, os critérios e os fatores previstos pela comissão de sentença. Se tal fosse verdadeiro, a taxa de *compliance* de magistrados às penas presumivelmente corretas estipuladas em uma *guideline* seria sempre de 100%, o que não é o caso em nenhuma das jurisdições da *common law* onde há diretrizes de sentença em vigor. Já foi sugerido que juízes irão provavelmente contornar as *guidelines* se considerarem que elas são excessivamente fechadas ou rígidas, excluindo qualquer possibilidade de serem encontradas penas finais mais apropriadas em cada caso concreto, independentemente de a diretriz ser obrigatória ou facultativa sob um ponto de vista formal (SCOTT, 2010; ULMER; LIGHT; KRAMER, 2011; TONRY, 2016).

As *guidelines* de Minnesota sempre apresentaram significativa flexibilidade em sua aplicação, prevendo inúmeras situações nas quais o juiz pode invocar uma exceção para não aplicar, no caso concreto, a pena recomendada pela tabela da *guideline*. A pena presumidamente correta, determinada pela *guideline* de acordo, basicamente, com a gravidade do delito e a culpabilidade do réu, pode ser afastada em favor de outra sanção mais apropriada se o caso apresentar circunstâncias “substanciais e convincentes”, sujeitas à apelação. Nesse caso, o juiz deve oferecer fundamentação expressa e específica sobre o porquê de ter aplicado uma exceção (*Minnesota Statutes*, § 244.10, subdivisão 2). Tal fundamentação deve ser forte o suficiente para afastar a presunção (relativa) em favor da pena recomendada. A pena aplicada, quando diversa daquela sugerida pela *guideline*, será considerada uma *departure sentence*. Não é admitido que circunstâncias relacionadas à raça, ao sexo, ao *status* profissional e a outros fatores sociais, como nível de escolaridade, estado civil e situação financeira, afastem a pena presumivelmente adequada. Por outro lado, fatores de agravamento e mitigação, previstos nas *guidelines* de Minnesota de modo exemplificativo, não integram sua metodologia propriamente, servindo para juízes alcançarem punições mais justas e proporcionais. Apesar de obrigatórias e aparentemente rígidas, as *guidelines* de Minnesota permitem espaço considerável à discricionariedade judicial (ASHWORTH, 2015; CAMPOS, 2021).

Por sua vez, no sistema federal de aplicação de pena dos Estados Unidos, o juiz também pode optar por penas diferentes das recomendadas pela *U.S. sentencing guidelines*, desde que o caso apresente características atípicas; em outras palavras, quando encontrar circunstâncias de aumento ou redução de pena que não tenham sido adequadamente levados em consideração pela *sentencing commission* (18 U.S.C. § 3553(b)). Igual em Minnesota, o juiz precisa fundamentar especificamente sua decisão por não aplicar a diretriz e, em tal situação, caberá ao tribunal de apelação rever a razoabilidade da exceção aplicada pela sentença (18 U.S.C. § 3742). A grande distinção é que as *guidelines* federais impedem que inúmeros motivos – idade, grau de escolaridade, habilidades vocacionais, estado mental e emocional, condição física, dependência por álcool e drogas, emprego no mercado de trabalho, laços e responsabilidade familiares, relações na comunidade, entre outros – influenciem o nível final de sanção, deixando pouco espaço para discricionariedade judicial (CAMPOS, 2021).

Na Inglaterra e no País de Gales, a metodologia prescrita pelas *guidelines* também não é hermeticamente fechada. Em geral, para cada crime a *guideline* estabelece algumas categorias (níveis) de gravidade do delito (*offence categories*), cabendo ao juiz, no caso concreto,

escolher a categoria mais adequada ao dano e à culpabilidade do agente. Cada categoria possui uma faixa de pena (*sentence range*) própria. A rigor, não há obrigação legal de que a pena seja aplicada dentro dos limites estabelecidos pela *guideline* para cada categoria de delito. A pena final pode situar-se abaixo ou acima das faixas de apenamento preestabelecidas, sob certas condições (por exemplo, em virtude de fatores de mitigação pessoal), bastando que o juiz respeite os limites mínimo e máximo de pena previstos em lei, que, evidentemente, são muito mais amplos (S. 125(3) *Coroners and Justice Act* 2009). Na lógica das diretrizes inglesas, só será considerado desvio (*departure*) a sentença que aplicar pena fora dos limites legais, abrindo significativa margem para discricionariedade. Esse é um dos maiores motivos de crítica às *guidelines* do Conselho de Sentença da Inglaterra e do País de Gales (ASHWORTH, 2010).

Terceiro, a avaliação do escopo da discricionariedade deixada pelas *sentencing guidelines* aos juízes, seja nos EUA, na Inglaterra e no País de Gales ou em qualquer outra jurisdição, depende, essencialmente, de quão largas ou estreitas são as faixas de penas (*sentencing* ou *guideline ranges*) estabelecidas em cada *guideline*, pois será dentro dos limites mínimo e máximo de tais margens que o magistrado terá que encontrar a sentença mais apropriada. Para tanto, é necessário conhecer a estrutura e o funcionamento geral das *sentencing guidelines*. Por exemplo, a *guideline* de Minnesota consiste em uma tabela numérica (*numerical grid*) com dois eixos, que funciona da seguinte maneira (Figura 1): no eixo vertical, os crimes são distribuídos em ordem crescente de gravidade e classificados de 1 a 10; no eixo horizontal, o passado criminoso do réu recebe uma pontuação (*score*), de 0 a 6 ou mais, onde 0 representa um réu sem antecedentes, enquanto 6 representa um acusado com elevado número de condenações criminais. A pena, normalmente expressa em meses, seria encontrada na interseção dos dois eixos. Depois de seguir esse procedimento, o juiz enfim identificaria a sentença “correta” para cada combinação de gravidade do delito e quantidade de antecedentes criminais.

Exemplificando: um acusado que tenha cometido crime de furto (nível I de severidade) e não possua antecedentes criminais receberá pena de 12 meses (e um dia) de prisão; se possuidor de uma condenação anterior, será punido com pena de 13 meses de prisão; assim sucessivamente, até que, se possuir seis ou mais condenações, sua pena chegará a 32 meses de prisão.

Depois de algumas alterações desde sua primeira versão (1980), a Figura 1 representa o formato atual do *grid* de Minnesota:

Figura 1 – A guideline de Minnesota

NÍVEL DE GRAVIDADE DO CRIME PRATICADO (exemplos de crimes em itálico)		ANTECEDENTES CRIMINAIS						
		0	1	2	3	4	5	6 ou mais
Homicídio em segundo grau (<i>homicídio doloso; tiroteio</i>)	11	306 261-367	326 278-391	346 295-415	366 312-439	386 329-463	406 346-480	426 363-480
Homicídio em terceiro grau; Homicídio em segundo grau (<i>homicídio culposo</i>)	10	150 128-180	165 141-198	180 153-216	195 166-234	210 179-252	225 192-270	240 204-288
Lesão corporal em primeiro grau	9	86 74-103	98 84-117	110 94-132	122 104-146	134 114-160	146 125-175	158 135-189
Roubo agravado em primeiro grau; Roubo à residência em primeiro grau (<i>com arma ou lesão corporal</i>)	8	48 41-58	58 50-69	68 58-81	78 67-93	88 75-105	98 84-117	108 92-129
Crime de dirigir embriagado; Exploração financeira de adulto vulnerável	7	36	42	48	54 46-64	60 51-72	66 57-79	72 62-84
Lesão corporal em segundo grau; Roubo à residência em primeiro grau (<i>residência ocupada</i>)	6	21	27	33	39 34-46	45 39-54	51 44-61	57 49-68
Roubo simples	5	18	23	28	33 29-39	38 33-45	43 37-51	48 41-57
Roubo não-residencial	4	12*	15	18	21	24 21-28	27 23-32	30 26-36
Furto (acima de \$ 5,000)	3	12*	13	15	17	19 17-22	21 18-25	23 20-27
Furto (\$ 5,000 ou menos)	2	12*	12*	13	15	17	19	21 18-25
Lesão corporal em quarto grau; Fugir de um policial ou outro agente da lei	1	12*	12*	12*	13	15	17	19 17-22

* Um ano e um dia



Penas de prisão. O caso de homicídio em primeiro grau é punido com pena obrigatória de prisão perpétua e por isso não foi incluído na *guideline* (Minnesota Statutes, § 609.185).



Penas substitutivas. A critério discricionário do juiz, podem ser impostas alternativas à prisão. Todavia, alguns crimes constantes da área em cinza sempre são punidos com pena de prisão, a depender a lei de Minnesota.

Fonte: Campos (2021a).

No esquema proposto *sentencing commission* de Minnesota, a aplicação da pena torna-se uma tarefa relativamente simples: basta ao juiz identificar o nível de gravidade do crime e calcular a pontuação a ser atribuída ao passado criminoso do réu, para, ato contínuo, localizar na tabela a célula onde se encontrará a pena “correta”, a ser imposta no caso concreto.

Na Figura 1, a área sombreada em cinza representa os delitos que podem receber penas alternativas à prisão. Toda sentença que cair acima da linha ziguezagueante em tom escuro forte, denominada *disposition line*, será executada na prisão. O uso da custódia (prisão) na aplicação da pena, portanto, depende do posicionamento, na tabela, da linha demarcatória, a critério da *sentencing commission*.

Mais importante: pode ser facilmente visualizada a flexibilidade das margens penais ou *sentencing ranges* de Minnesota. Por exemplo, se considerarmos o crime de lesão corporal em primeiro grau (nível de gravidade 9), percebemos que as faixas variam de 74-103 meses, para um réu sem antecedentes; 84-117 meses, para um antecedente; 94-132 meses, para dois antecedentes; 104-146 meses, para três antecedentes; 114-160 meses, para quatro antecedentes; 125-175, para cinco antecedentes; e, finalmente, 135-189, para seis ou mais antecedentes. Dentro de cada faixa, a pena máxima é sempre cerca de 40% superior à mínima, o que é uma margem elástica. Essa elasticidade, na prática, significa flexibilidade e maior liberdade para os juízes determinarem um *quantum* de pena que entendam apropriado.

Na jurisdição federal, as *U.S. sentencing guidelines* em vigor desde 1987 possuem idêntica estrutura e funcionamento. A orientação aos juízes federais consiste em uma tabela numérica com dois eixos básicos: um vertical, relativo ao nível de gravidade do crime; e outro, horizontal, relacionado ao histórico de condenações criminais do acusado. Ao todo, a *guideline* oferece 43 (quarenta e três) níveis possíveis de gravidade de um delito, 6 (seis) categorias de histórico criminoso e 258 (duzentos e cinquenta e oito) células contendo faixas de apenamento, em uma escala de proporcionalidade que vai de 0 – 1 mês até a pena de prisão perpétua (Figura 2).

O nível de gravidade do crime (1-43) forma o eixo vertical da tabela. A categoria do histórico criminoso (I-VI) compõe seu eixo horizontal. A interseção dos dois eixos irá conter a faixa de apenamento (*guideline range*) apropriada, em meses de prisão. Exemplificando: para um réu que tenha praticado um crime de nível 15 e esteja situado na categoria III de antecedentes criminais, a pena variará entre 24 e 30 meses de prisão.

A versão mais recente das *guidelines* federais norte-americanas apresenta a configuração reproduzida na Figura 2:

Figura 2 – A U.S. sentencing guideline

TABELA DE DETERMINAÇÃO DA PENA (em meses de prisão)						
Nível do crime	Categoria do histórico criminoso (pontuação dos antecedentes criminais)					
	I (0 ou 1)	II (2 ou 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 ou mais)
Zona A	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8
	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21
Zona B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27
	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30
Zona C	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37
Zona D	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115
	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125
	26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137
	27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150
	28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162
	29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175
	30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188
	31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
	32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
	33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
	34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
	35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
	36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
	37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
	38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-perpétua
	39	262-327	292-365	324-405	360-perpétua	360-perpétua
	40	292-365	324-405	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua
	41	324-405	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua
	42	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua	360-perpétua
	43	perpétua	perpétua	perpétua	perpétua	perpétua

Fonte: Campos (2021a).

Na metodologia prescrita pelo *Guidelines Manual* (2021), o primeiro passo a ser tomado pelo juiz na aplicação da pena é a identificação do nível-base de gravidade do delito (*base of offense level*). Os crimes são agrupados pela *guideline* de acordo com o bem jurídico tutelado. Assim, por exemplo, o nível-base de gravidade dos crimes patrimoniais mais simples, tais como furto, receptação, destruição de propriedade e crimes de fraude, é sempre 7.

Em seguida, o juiz deverá avaliar as características específicas do crime (*specific offense characteristics*), as quais poderão resultar em aumento do nível-base. Exemplificando: se o dano patrimonial causado por um crime de furto for superior a US\$ 6.500, mas inferior a US\$ 15.000, o nível-base será aumentado em dois pontos, totalizando nove; se estiver entre US\$ 15.000 e US\$ 40.000, o aumento será de quatro pontos, chegando a 11; entre US\$ 40.000 e US\$ 95.000, incremento de seis pontos, perfazendo 13; e sucessivamente, até que, se o dano for superior a US\$ 1.500.000, o aumento será de 16 pontos, alcançando o total de 23.

A gravidade do crime ainda sofrerá ajustes, para cima ou para baixo, relacionados: a) à situação da vítima (por exemplo, vulnerabilidade, condição de agente público da vítima, entre outros), b) ao papel do acusado no cometimento do delito (por exemplo, líder da atividade criminosa, participação de menor importância, abuso de confiança, utilização de menor de idade, entre outros), c) à obstrução da justiça (por exemplo, se a infração penal foi praticada no curso de liberdade provisória ou livramento condicional); d) ao concurso de crimes; e e) à aceitação da responsabilidade pelo réu.

Superadas essas etapas, chega-se ao nível final de gravidade do delito (*total offense level*). O juiz poderá, agora, identificar o ponto do eixo vertical em que a pena estará localizada.

No passo a passo descrito nas diretrizes, restará identificar a categoria do histórico criminoso no eixo horizontal da tabela. Cada antecedente criminal representará um acréscimo na pontuação do réu, que se inicia em zero. Por exemplo, a *guideline* determina que, para cada condenação pretérita à pena superior a um ano e um mês de prisão, devam ser adicionados três pontos; para cada condenação anterior superior a 60 dias e inferior a um ano, o acréscimo será de dois pontos; aumentar-se-á um ponto para cada sentença de condenação inferior a 60 dias, até o máximo de quatro pontos. A *guideline* também estipula aumento de dois pontos na hipótese de o réu ter praticado o crime durante o cumprimento de pena anterior, sob qualquer modalidade (prisão ou livramento condicional). Por exemplo, um acusado que tenha duas condenações anteriores, respectivamente de quatro anos (aumento de três pontos) e de seis meses (aumento de dois pontos), totalizará cinco pontos. Sua categoria no eixo horizontal, portanto, será a III. Caso tenha praticado o crime na vigência de livramento condicional, *e.g.*, receberá sete pontos e sua categoria será a IV.

Encontrada pelo juiz a célula na tabela resultante do cruzamento dos eixos vertical e horizontal, nela estarão contidos os limites mínimo e máximo de pena de prisão adequados ao caso, ou seja, a faixa de apenamento (*guidelines range*). Por fim, as zonas indicadas na tabela pelas letras A a E conferem ao juiz maior ou menor liberdade para substituir a pena de prisão por alternativas, como a prisão domiciliar e o livramento condicional supervisionado (*probation*). Se a faixa de apenamento estiver situada na Zona A (por exemplo, se a menor pena recomendada pela *guideline* for de zero meses), a pena de prisão poderá ser substituída por qualquer das alternativas legais disponíveis, salvo se a *guideline* expressamente exigir

para o delito praticado o cumprimento da sentença, ao menos parcialmente, no cárcere. Se, por outro lado, estiver na Zona D a faixa de apenamento encontrada (por exemplo, a pena mínima recomendada for de 15 meses ou mais), a sentença precisará ser cumprida na forma de prisão, sem qualquer substituição.

Diferentemente de Minnesota, as faixas de apenamento estabelecidas nas *U.S. sentencing guidelines* são muito mais limitadas. A lei norte-americana prescreve que a pena máxima recomendada em uma faixa de apenamento não pode ser superior à pena mínima acrescida de 25% ou de seis meses (28 U.S.C. § 994(b)(2)). A discricionariedade na determinação do *quantum* de sanção só pode ser exercida dentro dessa estreita margem. Em outras palavras, significa dizer que 25% ou seis meses é o nível máximo de liberdade concedido pelas *guidelines* aos juízes federais dos EUA dentro de cada nível de pena prescrito. O sistema de aplicação de pena no plano federal é, assim, mais rígido que o de Minnesota, antes analisado (CAMPOS, 2021).

As diretrizes editadas pelo Conselho de Sentença para a Inglaterra e para o País de Gales não são de tipo numérico, em formato de matrizes ou *grids*, como na experiência norte-americana. Esse modelo foi especificamente rechaçado (ASHWORTH, 2015; REITZ, 2013) e optou-se por um estilo mais narrativo de orientação. Resumidamente, a metodologia inglesa funciona do seguinte modo: as *guidelines* definem as categorias de gravidade (*offence categories*), geralmente em número de três. Cada categoria reflete um nível distinto de gravidade ou lesividade do crime. Os limites mínimo e máximo de pena abstratamente estabelecidos por lei são divididos, em seguida, em “faixas de apenamento” (*sentence ranges*) específicas para cada categoria de gravidade. As diretrizes também fornecem aos juízes um ponto de partida (*starting point*) dentro de cada faixa, sobre o qual deverão incidir os aumentos e as diminuições de pena futuros, resultantes de causas de agravação ou atenuação. Exemplificando, para o crime de roubo agravado (qualificado), cujas margens penais variam entre 1 (um) e 13 (treze) anos de prisão (Seção 10 do *Theft Act* 1968), a diretriz estabelece três categorias de gravidade, como função do binômio dano-culpabilidade, e determina uma faixa de apenamento e um ponto de partida para cada categoria. A Figura 3 ilustra a identificação de faixas de apenamento e pontos de partida para o delito de roubo qualificado.

Figura 3 – Categorias de gravidade, faixas de apenamento e pontos de partida
Roubo agravado (*Theft Act* de 1968, Seção 10)
Penas mínima e máxima: 1-13 anos de prisão

Categoria 1	Dano maior e culpabilidade elevada	
Categoria 2	Dano maior e culpabilidade reduzida ou Dano menor e culpabilidade elevada	
Categoria 3	Dano menor e culpabilidade reduzida	

Categoria de gravidade	Faixa de apenamento (pena de prisão)	Ponto de partida (pena de prisão)
Categoria 1	9 – 13 anos	10 anos
Categoria 2	4 – 9 anos	6 anos
Categoria 3	1 – 4 anos	2 anos

Fonte: Campos (2021a).

Faixas de apenamento e pontos de partida são cruciais para o sistema inglês de *guidelines*. Eles servem a, no mínimo, dois propósitos. Primeiro, eles limitam a discricionariedade judicial ao impedir que a pena final seja fixada em qualquer ponto dentro das margens penais (limites mínimo e máximo) cominadas na lei, o que é uma vantagem, por exemplo, em comparação ao modelo de aplicação de pena da *civil law*. Discricionariedade e, em larga medida, a individualização da sanção sofrem restrições dada a existência de faixas de apenamento, evidentemente mais reduzidas que as margens legais, a serem respeitadas pelos juízes e tribunais. Segundo, eles permitem maior previsibilidade de resultados das sentenças criminais, agregando um importante elemento de consistência no regime de aplicação da pena (HUTTON, 2013).

Os três sistemas de *guidelines* examinados adrede – Minnesota, jurisdição federal norte-americana e o modelo inglês – possuem vantagens e desvantagens em termos de como eles buscam resolver o problema de estabelecer uma metodologia e critérios de orientação para a aplicação da pena de forma mais consistente sem comprometer a capacidade dos juízes de encontrarem a punição mais apropriada ao caso concreto. Nossa intenção nunca foi a de analisar detalhadamente os diferentes modelos de *sentencing guidelines*, mas apenas procurar compreender como a ideia dworkiniana de integridade no direito se manifesta em algumas das principais jurisdições da *common law*. Claramente há espaço para futuras reformas nos sistemas de *sentencing guidelines*, que ampliem a adesão de juízes à sua metodologia, aumentem o controle sobre a discricionariedade judicial, permitam maior coerência e previsibilidade na alocação das punições e, por fim, confirmem maior racionalidade ao modelo como um todo.

Em síntese, uma última e interessante característica das *sentencing guidelines* também reflete a ideia de *law as integrity* de Ronald Dworkin: seu dinamismo. Ao mesmo tempo que a criação de uma *guideline* é resultado de análise das práticas judiciais vigentes pelas comissões de sentença, e assim a diretriz inevitavelmente refletirá os níveis de apenamento praticados pelos juízes em um dado momento histórico, por outro lado, as *guidelines* também tendem a influenciar tais práticas, modificando-as, ao menos em alguns casos. Significa dizer que as *sentencing guidelines* olham sempre para o passado e, simultaneamente, miram o futuro. Elas são influenciadas e influenciam as práticas reais de sentença.

Ronald Dworkin (2014, p. 273) trata de uma dinâmica semelhante em sua ideia de integridade. Para ele, a *law as integrity* é o produto da interpretação da prática jurídica, mas também sua fonte de inspiração. A atividade judicial é essencialmente interpretativa; o direito, ou o conjunto de normas jurídicas, é o resultado da interpretação da prática jurídica, mas exige que os juízes continuem interpretando-o (RAZ, 1986). As *sentencing guidelines* materializam essa relação imaginada por Dworkin entre integridade e interpretação. Nisso, a experiência mais ou menos recente de *guidelines* em países anglo-saxões é inteiramente distinta da tradição de legalidade da *civil law*. A lei como fonte principal de orientação para juízes na aplicação da pena é um elemento mais estático que dinâmico, mantendo uma relação distante das práticas reais de sentença.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do pensamento de Ronald Dworkin ao campo da penologia pode ser bastante promissora. Conceitos e teses desenvolvidos na teoria jurídica dworkiniana, como a *law as integrity*, a única resposta correta e o romance em cadeia, influenciam múltiplos ramos do direito e a atividade cotidiana de todos os atores do sistema de justiça, particularmente, a adjudicação. A crítica de Dworkin às decisões judiciais discricionárias, intrinsecamente ligada à sua concepção interpretativa do direito, possui inegável paralelo na discussão sobre a individualização das penas e a discricionariedade dos juízes.

Ao redor do mundo, os modelos de aplicação de pena, tanto nas jurisdições de *civil law* quanto de *common law*, procuram, cada um à sua maneira, regular de alguma forma a discricionariedade judicial. Não é e nunca será uma questão simples; juízes tendem a se considerar capazes de encontrar as penas mais apropriadas a cada caso concreto e, assim, mais justas. A individualização das punições é importante, chegando a ter *status* de regra constitucional em alguns países, como no Brasil (artigo 5º, XLVI). A grande discussão é como equilibrar essa necessidade de dotar os juízes de condições práticas para alocarem as punições de modo individualizado com uma maior consistência na aplicação da pena. Afinal, a individualização não é o único valor relevante na aplicação da pena. Previsibilidade, segurança jurídica e coerência são outros valores umbilicalmente ligados à ideia de justiça.

No presente artigo, procuramos fazer uma breve análise sobre como as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* estruturam a aplicação das penas por juízes e tribunais. Partindo da premissa de que a discricionariedade judicial deve ser limitada, o que é compatível

com as exigências dworkinianas de integridade tanto na legislação quanto na adjudicação, tentamos identificar alguns pontos fortes e fracos do modelo de aplicação de pena baseado na lei (*civil law*) e do sistema de *sentencing guidelines* (EUA e Inglaterra e País de Gales). Por serem duas tradições jurídicas absolutamente distintas, cujos sistemas de aplicação de pena sempre seguiram trajetórias próprias, optou-se por fazer uma análise metodologicamente bifurcada, que pudesse deixar claros os traços distintivos de cada modelo. É hora de esboçarmos algumas possíveis aproximações entre os modelos e as práticas de *sentencing* nas jurisdições investigadas, com o claro propósito de promover maior integridade nas decisões judiciais de alocação das punições em sociedade.

Na *civil law*, a tradição de legalidade implica que qualquer tentativa de reforma das práticas de sentença deve ser dirigida, primordialmente, ao legislador. A integridade como princípio legislativo voltado à aplicação das penas não se coaduna com a perpetuação de regras vagas ou obscuras sobre uma série de aspectos essenciais das sentenças criminais, tais como as funções/finalidades da pena; o ponto de partida dentro das margens penais a partir do qual o juiz irá calibrar sua sentença; o peso numérico a ser dado a cada circunstância de agravamento ou mitigação, entre outros. Muito embora a simples existência de uma metodologia de aplicação de pena definida em lei seja um ponto positivo das jurisdições da *civil law*, de modo geral, parece que o estilo demasiadamente narrativo das legislações em questão impede maior previsibilidade e consistência das sentenças criminais. O caminho a seguir, conseqüentemente, deve ser a ampliação da orientação numérica (quantitativa) dada pela lei aos juízes. Pontos de partida fixos, critérios numéricos de agravamento/atenuação e pesos relativos precisam ser fornecidos de forma clara pelos legisladores.

Por sua vez, na *common law*, não há carência de critérios numéricos a orientar a aplicação da pena. Sobretudo em jurisdições como o estado norte-americano de Minnesota e a jurisdição federal dos EUA, as *sentencing guidelines* assumem a forma de uma tabela numérica, que pode ser mais simples, como em Minnesota, ou mais sofisticada, como na esfera federal. Independentemente, a tarefa de encontrar a pena presumivelmente mais adequada em um *grid* numérico é significativamente direta (*straight-forward*). Ainda assim, a excessiva discricionariedade resulta de alguns fatores comentados ao longo de nosso estudo, tais como a relação entre obrigatoriedade/facultatividade e flexibilidade das *guidelines* e a questão da amplitude das faixas de apenamento (*sentencing ranges*) para cada categoria de gravidade de crime. Algumas mudanças nas próprias *guidelines* poderiam mitigar ou reverter o problema da discricionariedade demasiada, mas possivelmente tais jurisdições se beneficiariam de uma orientação um pouco maior dos legisladores. Por exemplo, seria bem-vinda uma regra estatutária que estabelecesse uma ou duas principais funções/finalidades da pena, deixando claro aos juízes quais são os objetivos a perseguir com uma sentença criminal. O dever de os juízes seguirem as *guidelines* (*duty to comply*) também precisa ser formulado na legislação em linguagem mais rígida, limitando as possibilidades de prolação de sentenças fora das recomendações feitas pelas *guidelines*.

Evidentemente, Ronald Dworkin não escreveu sobre o problema da aplicação da pena. Se o houvesse feito, talvez tivesse nos convencido definitivamente a aceitar a ideia de que a adjudicação das punições, por ser uma tarefa tão fundamental a todas as sociedades, não

pode ser predominantemente discricionária. A discricionariedade deve ser limitada, regulada e somente marginal. Única resposta correta, no processo criminal, deve significar única pena correta (*one-right sentence*).

6. REFERÊNCIAS

- ASHWORTH, Andrew. Coroners and Justice Act 2009: sentencing guidelines and the Sentencing Council. *Criminal Law Review*, n. 389, 2010.
- ASHWORTH, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- ASHWORTH, Andrew. Techniques for reducing sentence disparity. In: HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (Orgs.). *Principled sentencing: readings on theory and policy*. Oregon: Hart Publishing, 2009.
- ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. Sentencing: theory, principle, and practice. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Orgs.). *The Oxford Handbook of Criminology*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. The origins and nature of the sentencing guidelines in England and Wales. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (Orgs.). *Sentencing guidelines: exploring the English model*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- CAMPBELL, Mary E. Sentencing reform in Canada: who cares about corrections? In: TATA, Cyrus; HUTTON, Neil (Orgs.). *Sentencing and society*. Surrey: Ashgate, 2002.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021a.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de *sentencing guidelines* norte-americano e inglês. In: BEDÊ JR., Américo; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós (Orgs.). *Sentença criminal e aplicação da pena: ensaios sobre discricionariedade, individualização e proporcionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2021b.
- CARVALHO, Salo de. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*, v. 29, n. 54, p. 311-317, 2020a.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020b.
- CHIESA, Luis E. Taking victims seriously: a Dworkinian theory of punishment. *Pace Law Faculty Publications*, v. 561, 2007.
- COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JR., Américo Bedê. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. XLV, p. 681-695, 2013.

- CROWE, Jonathan. Dworkin on the value of integrity. *Deakin Law Review*, v. 12, n. 1, 2008.
- CULVER, Keith. Leaving the Hart-Dworkin debate. *The University of Toronto Law Journal*, v. 51, n. 4, p. 367-398, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- FELLET, André Luiz Fernandes. O combate de Dworkin à discricionariedade judicial. *DPU*, n. 28, jul.-ago. 2009.
- FELLOWS, Jamie; CHONG, Mark David. Extra-curial punishment in criminal law sentencing: a principles-based approach. *Southern Cross University Law Review*, v. 18, p. 1-22, 2016.
- FRANKEL, Marvin. Lawlessness in sentencing. *University of Cincinnati Law Review*, v. 1, n. 41, 1972.
- FRASE, Richard. Prior-conviction sentencing enhancements: rationales and limits based on retributive and utilitarian proportionality principles and social equality goals. In: ROBERTS, Julian V.; HIRSCH, Andrew von (Orgs.). *Previous convictions at sentencing: theoretical and applied perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- FRASE, Richard. *Sentencing in Germany and the United States: comparing Äpfel with apples*. Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 2001.
- FREIBERG, Arie. Sentencing guidelines in Minnesota, 1978-2003. *Crime & Justice*, n. 32, 2005.
- FREIBERG, Arie. Three strikes and you're out – it's not cricket: colonization and resistance in Australian sentencing. In: TONRY, Michael; FRASE, Richard (Orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. New York: Oxford University Press, 2001.
- HUIGENS, Kyron. The jurisprudence of punishment. *William & Mary Law Review*, v. 48, n. 5, 2007.
- HUTTON, Neil. The definitive guideline on assault offences: the performance of justice. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (Orgs.). *Sentencing guidelines: exploring the english model*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- KRASNOSTEIN, Sarah; FREIBERG, Arie. Pursuing consistency in an individualistic sentencing framework: if you know where you're going, how do you know when you've got there? *Law and Contemporary Problems*, n. 76, 2013.
- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, v. 48, p. 17-51, 2003.

- MANNOZZI, Grazia. Are guided sentencing and sentence bargaining incompatible? Perspectives of reform in the Italian legal system. In: TATA, Cyrus; HUTTON, Neil (Orgs.). *Sentencing and society*. Surrey: Ashgate, 2002.
- NESTLER, Cornelius. Sentencing in Germany. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 7, n. 1, pp. 109-138, abr. 2003.
- PADFIELD, Nicola. Exploring the success of sentencing guidelines. In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (Orgs.). *Sentencing guidelines: exploring the english model*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teorias contemporâneas do direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.
- PINA-SÁNCHEZ, Jose; LINACRE, Robin. Refining the measurement of consistency in sentencing: a methodological review. *International Journal of Law, Crime and Justice*, n. 44, 2016.
- POSTEMA, Gerald. Integrity: Justice in workclothes. *Iowa Law Review*, v. 82, p. 821-855, 1997.
- RAZ, Joseph. Dworkin: a new link in the chain. *California Law Review*, v. 74, 1986.
- REITZ, Kevin R. Comparing sentencing guidelines: do US systems have anything worthwhile to offer England and Wales? In: ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (Orgs.). *Sentencing guidelines: exploring the english model*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ROBERTS, Julian; PINA-SÁNCHEZ, Jose. Previous convictions at sentencing: exploring empirical trend in the Crown Court. *Criminal Law Review*, n. 8, p. 575-588, 2014.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCOTT, Ryan W. Inter-judge sentencing disparity after Booker: a first look. *Stanford Law Review*, v. 63, p. 1-66, 2010.
- SHAPIRO, Scott. The 'Hart-Dworkin' debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series*, n. 77, 2007. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf]. Acesso em: 19.11.2022.
- SIMONS, Kenneth W. Dworkin's two principles of dignity: an unsatisfactory non-consequentialist account of interpersonal moral duties. *Boston University Law Review*, v. 90, p. 101-121, 2010.
- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- STOCO, Tatiana. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

- STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013.
- STRENG, Franz. Sentencing in Germany: basic questions and new developments. *German Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 153-171, 2007.
- TATA, Cyrus. Sentencing and penal decision-making: is Scotland losing its distinctive character? In: CROALL, Hazel; MOONEY, Gerry; MUNRO, Mary (Orgs.). *Criminal justice in Scotland*. New York: Willan Publishing, 2010.
- TATA, Cyrus; HUTTON, Neil. Consistency and disparity. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 26, 1998.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TESKE, Raymond; ALBRECHT, Hans-Jörg. Prosecution and sentencing patterns in the Federal Republic of Germany. *International Criminal Justice Review*, vol. 2, p. 76-104, 1992.
- TONRY, Michael. *Sentencing fragments: penal reform in America, 1975-2025*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- TONRY, Michael. *Sentencing matters*. New York: Oxford University Press, 1996.
- ULMER, Jeffery; LIGHT, Michael T.; KRAMER, John. The 'liberation' of federal judges' discretion in the wake of the Booker/Fanfan decision: is there increased disparity and divergence between courts? *Justice Quarterly*, v. 28, n. 6, p. 799-837, 2011.
- VINCENT, Andrew; ZALEZNIKOW, John. Toulmin-based computational modelling of judicial discretion in sentencing. *OSSA Conference Archive*, v. 55, 2005. Disponível em: [<https://scholar.uwindsor.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1469&context=ossaarchive>]. Acesso em: 24.05.2022.
- WALDRON, Jeremy. The rise and decline of integrity. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 19-49, 2019.
- WASIK, Martin. Sentencing guidelines in England and Wales – state of the art? *Criminal Law Review*, n. 4, 2008.
- WEIGEND, Thomas. Sentencing and punishment in Germany. In: TONRY, Michael; FRASE, Richard (Orgs.). *Sentencing and sanctions in Western countries*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- WEINSTEIN, Ian. Discontinuous tradition of sentencing discretion: Koon's failure to recognize the reshaping of judicial discretion under the guidelines. *Boston University Law Review*, v. 79, 1999.
- ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. (Pós)positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Orgs.). *Direito, Política e Constituição – Reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Fundamentos do Direito; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As regras de experiência, os deveres de justificação e os limites à discricionariedade do convencimento judicial, de Ravi Peixoto – *RePro* 320/75-93;
- Entre Posner, Rawls e Dworkin: o ato de julgar, a motivação e a resposta correta, de Eduardo Cambi e José Eduardo Ribeiro Balera – *RePro* 277/133-157;
- Medida por medida: os diferentes modelos de juiz e os riscos do ativismo judicial, de Aloyr Dias Lacerda e Américo Bedê Junior – *RT* 1013/259-282;
- Os fatores distintivos na aplicação da pena e seus critérios práticos, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 1007/257-277;
- “Pode isso, Arnaldo?” uma súmula não vinculante, mas que vincula e afasta o Código Penal, de Tiago Oliveira de Castilhos – *RBCCrim* 188/223-256;
- Pode o juiz condenar quando o ministério público pede a absolvição?, de Alexandra Fonseca Rodrigues – *RBCCrim* 155/265-291; e
- Positivismo, teoria da decisão judicial e segurança jurídica, de Fernando Motta Martins e Virgílio Alves Musse – *RDCI* 138/87-107.

A VENALIDADE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA COMO CRITÉRIO INTERPRETATIVO DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA

THE VENALITY OF THE EXERCISE OF PUBLIC SERVICE AS AN INTERPRETATIVE CRITERION OF PASSIVE AND ACTIVE CORRUPTION CRIMES

MARCELO MALHEIROS CERQUEIRA

Doutorando (2022-atual) e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha – Espanha (2018). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (2014). Especialista em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras – UFLA (2016). Orientador pedagógico e professor da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU (2021-atual). Procurador da República (2013-atual). Membro do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público Federal em Minas Gerais – Gaeco/MPF/MG (2020-atual).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3555124646817962].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4724-6353].
mmcerqueira@yahoo.com.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042385].

Recebido em: 03.05.2022

Aprovado em: 29.03.2023

Última versão do autor: 12.04.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O artigo analisa a evolução da hermenêutica sobre os crimes de corrupção passiva e ativa no direito brasileiro. A partir da noção de pacto de injusto, busca-se apresentar a venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo comum dos elementos típicos da corrupção passiva e ativa.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção passiva e ativa – Elementos típicos – Função pública – Atos de ofício – Direito penal.

ABSTRACT: The article aims to analyze the evolution of hermeneutics on passive and active corruption crimes in Brazilian law. Based on the concept of an unjust pact, the text presents the venality of the exercise of public service as a common interpretative criterion of the typical elements of passive and active corruption.

KEYWORDS: Passive and active bribery – Crime elements – Public function – Official acts – Criminal law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A estrutura típica dos delitos de corrupção passiva e ativa. 3. A hermenêutica tradicional sobre os delitos de corrupção. 4. Os desafios da grande corrupção à hermenêutica tradicional. 5. O (controverso) precedente do caso Mensalão. 6. A (parcial) flexibilização da hermenêutica quanto aos tipos de corrupção na jurisprudência e na doutrina. 7. O pano de fundo da controvérsia: entre a maior e a menor incidência das normas penais que criminalizam a corrupção. 8. Premissas conceituais para uma nova hermenêutica dos tipos de corrupção. 8.1. A definição de pacto de injusto e de vantagem indevida. 8.2. Função pública e atos de ofício. 9. A venalidade do exercício da função pública (pacto de injusto) como critério interpretativo dos elementos típicos dos crimes de corrupção. 10. Conclusão. 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na sua acepção etimológica, o termo corrupção remete à noção de degradação ou apodrecimento de regimes políticos (ROMEIRO, 2017, p. 22). Com o passar do tempo, o vocábulo passou a ser utilizado por distintas áreas do conhecimento (filosofia, cultura, direito, economia etc.) para a descrição de um amplo leque de condutas, tais como nepotismo, peculato, conflito de interesses e suborno. Trata-se, portanto, de um conceito de natureza multiforme.

O caráter polissêmico do termo corrupção é reforçado por aspectos culturais de cada sociedade, que podem resultar em noções bastante diversas sobre o que deve ou não ser enquadrado como uma prática corrupta. Cada país adota uma política criminal distinta sobre o assunto, a depender de fatores variados como os padrões morais prevalecentes na respectiva sociedade e os níveis de corrupção na atividade burocrática e no meio político. Apenas para citar um exemplo, a aceitação de presentes oferecidos a um funcionário público em razão da sua função pode configurar ilícito criminal em determinados países, ao passo que em outros a mesma conduta pode ser tolerada socialmente.

No Brasil, o fenômeno da corrupção tem larga atenção no campo jurídico-penal, mediante a criminalização de um considerável rol de infrações contra a administração pública e a idoneidade de processos licitatórios. De forma restrita, todavia, entende-se como crime de corrupção os tipos penais de corrupção passiva e ativa, contemplados, respectivamente, nos arts. 317 e 333 do Código Penal.

Este artigo tem por objetivo explorar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o conceito de injusto penal que se designa pelo termo corrupção nos mencionados dispositivos do Código Penal. Para tanto, são abordados os seguintes pontos: a) qual a estrutura típica dos delitos de corrupção no Código Penal e seus antecedentes históricos; b) como a doutrina tradicionalmente interpretou os elementos típicos de tais delitos, dando especial ênfase à exigência de relação entre a vantagem indevida e um ato de ofício individualizado a ser empenhado, como troca, pelo funcionário público; c) os desafios impostos a tal hermenêutica pela evolução da teoria da corrupção, das práticas criminosas e dos sistemas anti-corrupção, com destaque para os grandes casos de corrupção submetidos à apreciação dos

tribunais brasileiros; d) o conceito normativo de pacto de injusto e a sua importância para uma nova hermenêutica dos delitos de corrupção, centrada na ideia de venalidade do exercício da função pública.

Para a abordagem proposta, adotam-se os tipos metodológico teórico e jurídico-comparativo. A análise criteriosa da legislação, doutrina e jurisprudência destina-se, primeiramente, a demonstrar a evolução da hermenêutica sobre os crimes de corrupção passiva e ativa no direito brasileiro. Na sequência, pela mesma metodologia, enfatiza-se a dificuldade doutrinária e jurisprudencial em encontrar soluções adequadas a uma tipicidade não excludente de complexos esquemas de corrupção. Com base nesse quadro analítico, apresenta-se a noção de venalidade do exercício da função pública (pacto de injusto) como hipótese e conclui-se pela sua adoção como critério interpretativo comum dos elementos típicos dos citados delitos.

2. A ESTRUTURA TÍPICA DOS DELITOS DE CORRUPÇÃO PASSIVA E ATIVA

Os antecedentes históricos dos crimes de corrupção passiva e ativa no direito brasileiro remontam ao Título LXXI das Ordenações Filipinas, que dispunha sobre as penalidades aplicáveis aos oficiais do rei que recebessem serviços ou peitas, bem como às partes que as dessem ou promettessem. As penas incluíam perda dos ofícios e bens, multas, degredo para a África ou para o Brasil e, nos casos mais graves (peita envolvendo quem tivesse “ofício de julgar” igual ou superior a dois marcos de prata), a “morte natural”¹.

Posteriormente à Independência brasileira, os delitos de peita e suborno foram previstos tanto no Código Criminal do Império do Brasil (arts. 130 a 134) quanto no Código Penal de 1890 (arts. 214 a 218). Nesses diplomas, a caracterização delitiva pressupunha: a) a bilateralidade entre a forma passiva e a ativa da corrupção²; b) a identificação de um ato de ofício como objeto da troca ilícita entre o funcionário público e o particular (BIDINO; MELO, 2009, p. 161).

1. Duas curiosidades merecem registro. Primeiro, o aprisionamento sem o caráter de pena propriamente dita, visto que se destinava apenas a impedir a fuga até que a punição fosse aplicada. Segundo, a previsão de penas mais severas à venalidade da justiça, o que, como aponta Nelson Hungria (1958, p. 363), tem origem em leis primitivas, como as leis mosaicas e as leis da Grécia Antiga e do direito romano.
2. Há dois sistemas possíveis na disciplina jurídico-penal da corrupção: “ou se enfeixam a corrupção passiva e a ativa numa unidade complexa (*crime bilateral* ou *de concurso necessário*), condicionando-se o respectivo *summatum opus* à convergência ou acordo de vontades entre o *intraneus* (corrompido) e o *extraneus* (corruptor); ou se incriminam separadamente as duas espécies, de tal modo que a consumação de qualquer delas não fica, irrestritamente, na dependência de consumação da outra (ou seja, do *encontro* de vontades). Este último critério é o que foi adotado pelo nosso Código [de 1940] [...]. No direito anterior, era indeclinável a correspondência entre a corrupção passiva e a ativa, para que se considerassem consumadas: se uma delas deixasse de existir, a outra somente seria reconhecível como tentativa.” (HUNGRIA, Nelson, 1958, p. 365-366). No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis, 2017 [livro eletrônico].

O Código Penal atual, promulgado em 1940, previu os tipos de corrupção passiva e ativa em capítulos distintos, respectivamente, nos arts. 317 e 333. Ambos os crimes protegem o bem jurídico da probidade ou da moralidade na Administração Pública e contemplam a possibilidade de consumação por mais de um verbo típico, configurando-se, assim, como de ação múltipla.

No primeiro caso (corrupção passiva, art. 317), o sujeito ativo do delito é o funcionário detentor de função pública ou aquele que não esteja exercendo a função, mas se utilize dela para a prática do delito (crime próprio). A conduta típica básica do *caput* consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública. Diz-se que se trata de crime eminentemente formal ou de consumação antecipada, visto que o verbo típico solicitar se consuma independentemente do cumprimento do objeto do pacto de injusto (HUNGRIA, 1958, p. 368)³.

Os §§ 1º e 2º do art. 317 tratam, respectivamente, das figuras majorada e privilegiada da corrupção passiva. Haverá majoração de pena em um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retardar ou deixar de praticar qualquer ato de ofício ou o praticar infringindo dever funcional (exaurimento do crime como condição de maior punibilidade). De outro lado, a denominada corrupção privilegiada restará configurada quando o funcionário praticar, deixar de praticar ou retardar ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem. Note-se que em ambos os parágrafos o legislador lançou mão expressamente da figura do ato de ofício, além da exigência de infração de dever funcional, diferentemente do *caput*.

Já no caso da corrupção ativa (art. 333), o sujeito ativo do delito é o *extraneus*, ou seja, o particular ou o funcionário que não age como tal, mas sim como qualquer cidadão. A conduta típica básica do *caput* consiste em oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Da mesma forma que a corrupção passiva, trata-se de crime eminentemente formal ou de consumação antecipada.

Em paralelismo com o § 1º do art. 317, o parágrafo único do art. 333 prevê a forma majorada da corrupção ativa. Ela ocorre quando, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

O concurso de agentes nos tipos de corrupção passiva e ativa configura uma das exceções à teoria monista. Assim, o oferecimento de vantagem indevida pelo particular ao funcionário público, com a aceitação deste, implicará a responsabilização de ambos, respectivamente, pelos tipos dos arts. 333 e 317 do CP, não se aplicando a regra do art. 29 do mesmo diploma legal.

O Código Penal de 1940 abandonou a orientação dos seus diplomas antecessores, permitindo que a corrupção passiva e a ativa sejam consumadas de forma unilateral ou independente. Ou seja, é permitida a consumação (e, evidentemente, a punição) do corruptor

3. Para Bitencourt 2021 [livro eletrônico], a corrupção passiva é formal quanto ao verbo solicitar e material no tocante às modalidades receber e aceitar.

sem a do funcionário público corrupto ou a ser corrompido, e vice-versa⁴. Na prática, isso significa que uma ação penal pode ser movida ou julgada procedente somente contra o funcionário público corrupto ou o particular corruptor.

Ressalve-se, porém, que entre as modalidades de conduta da corrupção passiva apenas o solicitar se realiza de modo unissubjetivo. As condutas de receber e aceitar promessa, mesmo que possam ser processadas e punidas de forma independente daquelas previstas no tipo de corrupção ativa, exigem, evidentemente, que ocorra no plano fático uma conduta contraposta pelo corruptor (oferecer ou prometer, respectivamente)⁵.

Tanto o *caput* do art. 317 quanto o do art. 333 contemplam a denominada corrupção imprópria ou simples, ao passo que o § 1º do art. 317 e o parágrafo único do art. 333 preveem a figura da corrupção própria ou com infração funcional. Como se pode deduzir, no primeiro caso, se diz que a corrupção é imprópria ou simples porque os agentes envolvidos com a prática corrupta são punidos independentemente da ocorrência de uma infração funcional; basta, à configuração típica, que ocorra a mercancia quanto ao exercício da função pública ou dos atos de ofício a ela correspondentes em troca de uma vantagem indevida. No segundo caso, acrescenta-se a necessidade de que a promessa ou o pagamento dessa vantagem se relacione com a prática ou omissão de um ato de ofício em infringência a dever funcional.

Finalmente, cabe registrar que os tipos contemplam, de forma preponderante, a corrupção antecedente, ou seja, aquela em que a vantagem é oferecida com vistas a uma ação ou omissão futura.

Quanto à figura da corrupção subsequente, doutrina e jurisprudência harmonizaram o entendimento de que é possível somente no tipo do art. 317 do CP. Isso ocorrerá quando o agente público, depois de praticar ato de ofício, solicitar vantagem indevida a particular. Já no caso da corrupção ativa, o art. 333 do CP é claro ao exigir que o oferecimento ou a promessa da vantagem indevida tenha a finalidade de determinar o funcionário público à prática, à omissão ou ao retardamento de ato de ofício. Logo, por uma questão semântica, a oferta ou a promessa da propina deve preceder o ato de ofício (HUNGRIA, 1958, p. 367; QUANDT, 2017, p. 66).

3. A HERMENÊUTICA TRADICIONAL SOBRE OS DELITOS DE CORRUPÇÃO

A corrupção, “no seu tipo central, é a venalidade em torno da função pública” (HUNGRIA, 1958, p. 365). Embora certa a lição, a orientação doutrinária preponderante sobre os tipos penais da corrupção dela se distanciou, durante muito tempo, para focar na figura do

4. Cf. nota de rodapé n. 2. Anota Nelson Hungria (1958, p. 366) que, nesse ponto, o legislador brasileiro inspirou-se no Código suíço.

5. Conforme já decidiu o STJ, mesmo nas modalidades de recebimento ou aceitação da promessa de vantagem indevida é possível o oferecimento da denúncia por corrupção passiva sem “a identificação ou mesmo a condenação do corruptor ativo, já que o princípio da indivisibilidade não se aplica às ações penais públicas” (STJ, 5ª T., RHC 52.465/PE, rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.10.2014).

ato de ofício como elemento estruturante dos tipos de corrupção ativa e passiva. Desse modo, ao interpretar as citadas figuras delitivas, passou-se a exigir um vínculo bastante restrito entre a vantagem indevida e o ato de ofício a ser praticado pelo funcionário público (e não entre a vantagem e a função pública ou o seu exercício em potencial).

Dois aspectos devem ser destacados nessa concepção doutrinária tradicional, de cunho marcadamente restritivo.

Em primeiro lugar, há uma delimitação fechada do conceito de ato de ofício, concebido como aquele compreendido entre as “específicas atribuições funcionais” do servidor público (HUNGRIA, 1958, p. 369)⁶. Por meio de tal raciocínio, afastam-se das figuras típicas aqueles atos materialmente ao alcance do funcionário público que não estejam, como dito, previstos expressamente em suas atribuições funcionais. A justificativa originalmente invocada para tal posicionamento, um tanto quanto simplória, é que somente a corrupção envolvendo as “específicas atribuições funcionais” do *intraneus* implicariam “dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração” (HUNGRIA, 1958, p. 369)⁷.

Os exemplos utilizados para a ilustração da concepção restritiva do ato de ofício normalmente são casos simples de corrupção no nível burocrático: a não configuração típica da corrupção ativa na conduta de oferecer propina a escrivão de polícia para que o inquérito não prossiga, visto que este “não tem atribuição para indiciar pessoas e determinar o ordenamento do inquérito policial, o que é reservado ao delegado de polícia” (DELMANTO, 2007, p. 835); o não cometimento da corrupção passiva por funcionário do Detran que solicita dinheiro para expedir carteira de motorista sem os respectivos exames, “quando não tiver atribuição específica para a prática de tal ato, ainda que a qualidade de funcionário público facilite tal ilegalidade” (CAPEZ, 2007, p. 436); entre outros.

Em segundo lugar, reforçando a diretriz interpretativa limitadora dos tipos penais, firmou-se o entendimento de que seria necessária a individualização do ato de ofício a ser praticado para fins de configuração dos tipos penais, tanto na corrupção ativa quanto na passiva⁸.

No caso da corrupção ativa, o posicionamento resguarda-se em interpretação literal do tipo do art. 333 do CP. Tanto na forma do seu *caput* quanto na do parágrafo único, o dispositivo menciona expressamente a prática, a omissão ou o retardamento de ato de ofício, ora

6. No mesmo sentido: DELMANTO, Celso, 2007, p. 835; GRECO, Luís, 2007, p. 518; CAPEZ, Fernando, 2007, p. 436.

7. O célebre jurista estava ciente dos problemas da persecução penal da corrupção já no fim da década de 50: “[...] os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso.” (HUNGRIA, Nelson, 1958, p. 363.) Entretanto, sua percepção limitada do conceito de ato de ofício deve ser lida historicamente. A evolução, desde então, dos mecanismos de controle e exigência de transparência na gestão da coisa pública permitiu a revelação e a persecução de escândalos de corrupção como o Mensalão, em que, claramente, a venalidade da função não necessariamente envolve as “específicas atribuições funcionais” de um funcionário público.

8. Nesse sentido, cf. JESUS, Damásio, 2016 [livro eletrônico]; DELMANTO, Celso, 2007, p. 795 e 835, BITENCOURT, Cezar Roberto, 2021, [livro eletrônico].

como mera finalidade da conduta corruptora (*caput*), ora como requisito à majoração da pena (parágrafo único).

Quanto à corrupção passiva, porém, o *caput* do art. 317 do CP adotou redação distinta, vinculando causalmente os verbos típicos e a vantagem indevida à função pública. A figura do ato de ofício, ausente no *caput*, é expressamente utilizada apenas nas formas dos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que tratam da corrupção passiva própria e da privilegiada, respectivamente.

Essa dissonância na redação dos tipos penais é resolvida pela doutrina tradicional mediante a proposição de que o *caput* do art. 317 do CP deve ser interpretado sistematicamente, quer com os parágrafos do mesmo dispositivo⁹, quer com o tipo da corrupção ativa. Em alguns casos, contudo, a exigência do ato de ofício na forma básica da corrupção passiva (*caput*) é feita sem maiores explicações (CAPEZ, 2007, p. 436; JESUS, 2016 [livro eletrônico]).

Em 1994, o STF firmou precedente, por maioria, acolhendo a visão restritiva da doutrina tradicional no julgamento do caso Collor (AP 307/DF). Quanto ao ato de ofício, ressaltou o Ministro relator, Ilmar Galvão, que deve ser “próprio do desempenho da competência pública afeta ao agente”¹⁰. Ademais, respaldando-se em fórmulas legais similares do direito comparado, sufragou a posição de que a prática ou omissão do ato de ofício necessita estar causalmente relacionada com a vantagem indevida¹¹. Por conseguinte, incumbe à acusação individualizar na denúncia o ato de ofício empenhado como forma de garantir tal vantagem.

Com a filiação do STF ao entendimento doutrinário então dominante, a jurisprudência do próprio Supremo e do STJ seguiu essas balizas durante a década de 1990 e a primeira década dos anos 2000¹². Entretanto, a partir do julgamento do Mensalão em 2012, os dois tribunais proferiram decisões flexibilizando o conceito de ato de ofício e a necessidade de sua individualização pela acusação. Isso não se deu por acaso, como se verá a seguir.

9. Segundo parecer de Mirabete nos autos da AP 307/DF (caso Collor), “afronta a lógica que a lei preveja no fato mais grave [§ 1º] e no fato menos grave [§ 2º] a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e dispense o mesmo quando trata da espécie intermediária [caput]” (STF, Pleno, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, TP, v.u., DJ 13.10.1995 – doravante denominado simplesmente como caso Collor ou AP 307/DF).

10. Acórdão da AP 307/DF, p. 99. Embora a concepção restritiva de ato de ofício tenha orientado o julgamento de mérito do caso, o próprio Ministro Ilmar Galvão registrou a possibilidade de certa atenuação desse entendimento. Nesse sentido, observou que é preciso que a atividade visada pelo suborno, “ao menos, se encontre numa relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente” (Acórdão da AP 307/DF, p. 100).

11. Acórdão da AP 307/DF, p. 90-99. Na mesma linha, o Ministro Celso de Mello destacou em seu voto a essencialidade de “precisa identificação de um ato de ofício incluível na esfera das atribuições [do funcionário público]” (Acórdão da AP 307/DF, p. 566).

12. STF, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, TP, v.u., DJ 13.10.1995; STF, Inq. 785, TP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07.12.2000 (caso Zélia Cardoso de Mello); STJ, HC 13.894, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 21.02.2002; STJ, HC 13.487, 6ª T., rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 27.05.2002; STJ, REsp 825.340/MG, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, DJ 25.09.2006, p. 305.

4. OS DESAFIOS DA GRANDE CORRUPÇÃO À HERMENÊUTICA TRADICIONAL

Em seu voto divergente na AP 307/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence defendeu que o Código Penal brasileiro de 1940 se afastou propositalmente da orientação preponderante quanto ao tipo de corrupção passiva – quer nos textos legislativos anteriores do Código Criminal do Império e do Código Penal de 1890, quer na corrente até então majoritária no direito comparado, em especial, o Código Penal italiano. Isso porque, ao mencionar a função pública como objeto da mercancia no art. 317 do CP, o tipo “não exige que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado”¹³.

Essa interpretação não ocorreu por simples fidelidade ao texto legal. Ao contrário da maioria da Corte, o Ministro Sepúlveda Pertence deu especial atenção a um aspecto pragmático: na corrupção praticada por detentores de significativo poder político e econômico não é fácil – e, por vezes, sequer é possível – a delimitação de um ato de ofício como pressuposto da negociação espúria. Nas palavras do Ministro¹⁴:

“[...] é óbvio que no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, o que se oferece é um ato específico. Mas, o mesmo não ocorre, quando se trata de altos dignatários, sobretudo na área fértil de oportunidades de corrupção, que é a da intervenção do Estado no domínio econômico: Presidente da República – estou falando só em tese – Presidente da República não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica; o Presidente da República não põe em pauta projetos da SUDENE, nem os retira; o Presidente da República não dá licença de importação [...]”

Na teoria da corrupção, a importância das funções e das decisões envolvidas são critérios classificadores da corrupção pública, a qual pode ser considerada como grande (*grand corruption*) ou pequena (*petty corruption*)¹⁵.

A pequena corrupção corresponde ao abuso por funcionários públicos do poder que lhes foi confiado, ocorrendo, mais especificamente, nas interações com cidadãos comuns e em situações nas quais estes buscam o acesso a bens ou serviços básicos¹⁶. Dito de outra forma, a pequena corrupção refere-se a funções e decisões com impactos de menor dimensão, normalmente ocorrendo no nível burocrático da administração (corrupção burocrática). É o que ocorre, por exemplo, no caso de subornos para evitar a cobrança de multas, para ter acesso a leitos em um hospital público ou para a liberação de alvarás destinados a construções.

Já a grande corrupção consiste no abuso do poder de alto nível, caracterizando-se por beneficiar poucos à custa de muitos, bem como por implicar danos graves e generalizados

13. Acórdão da AP 307/DF, p. 608.

14. Acórdão da AP 307/DF, p. 609.

15. Cf., a propósito: ROTBERG, Robert I., 2017, p. 32-36; ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J., 2016, p. 11; FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam A., 2017, p. 37-42.

16. Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-corruption glossary. Petty corruption*. Disponível em: [https://transparency.org/glossary/term/petty_corruption]. Acesso em: 24.01.2018.

aos indivíduos e à sociedade¹⁷. O objeto da atividade corrupta, portanto, são decisões de significativa envergadura social ou econômica, atreladas a elevadas quantias monetárias e à atuação de altos políticos, ricos empresários ou funcionários públicos com atribuições e/ou poderes relevantes. Tais decisões envolvem, exemplificativamente, a mercancia do interesse público na contratação de grandes obras, o pagamento de altas propinas, a compra de votos em pleitos eleitorais com recursos de caixa dois, entre outras.

Essa distinção é bastante útil para a demonstração dos limites impostos pela hermenêutica tradicional à configuração típica da corrupção.

É possível apontar com clareza o ato de ofício nas práticas corruptas realizadas no nível burocrático: um policial que se abstém de lavrar uma multa de trânsito em troca de propina, um fiscal de obras que solicita vantagem indevida para majorar os valores de uma medição de serviços e assim por diante. Como visto, esses são os exemplos utilizados pela doutrina tradicional para a ilustração do conceito (restritivo) do ato de ofício, tido como imprescindível à caracterização dos tipos da corrupção. A mesma facilidade geralmente não é observada nos complexos esquemas de corrupção praticados pelos altos detentores de poder político e econômico. Para a operacionalização de tais esquemas, seus mentores muitas vezes se valem de redes permanentes e estratificadas, em que as propinas são pagas de forma periódica. O objetivo, nesses casos, não se restringe à compra de atos específicos e bem delimitados, mas sim à mercancia da potencialidade da prática de qualquer ato que esteja ao alcance do funcionário público integrante do esquema (compra da própria função ou de uma “boa relação” com o funcionário). Como exigir a precisa delimitação de um ato de ofício nos crimes de corrupção quando o fenômeno não ocorre com tal pressuposto?

Para agravar essa impossibilidade narrativa de grandes esquemas de corrupção a partir do rígido critério da individualização do ato de ofício, deve-se também ter em mente que a corrupção é normalmente praticada às escondidas, “entre quatro paredes”. Isso ocorre por uma imposição lógica: o agente corrupto deve aparentar a adesão aos seus deveres funcionais. Para isso, ele e seus comparsas dissimulam o ato corrupto, dando-lhe ares de legalidade e ao mesmo tempo ocultando a obtenção dos benefícios indevidos pactuados (ex.: publicação do voto de um político pela aprovação de uma lei com a ocultação da propina oferecida em contrapartida por esse voto) (VILLAS-BÔAS, 2016, p. 26-27). Como registrou a Ministra Rosa Weber, no julgamento do caso Mensalão¹⁸:

“Quem vivencia o ilícito procura a sombra e o silêncio. O pagamento de propina não se faz perante holofotes. Atividade das mais espúrias, aproveita todas as formas de dissimulação para sua execução. Ninguém vai receber dinheiro para corromper-se sem o cuidado de resguardar-se.”

17. Cf. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-corruption glossary. Grand corruption*. Disponível em: [https://transparency.org/glossary/term/grand_corruption]. Acesso em: 24.01.2018.

18. STF, AP 470/MG, TP, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 17.12.2012, DJ 22.04.2013 (doravante denominado simplesmente como caso Mensalão ou AP 470/MG). Trecho do voto da Ministra extraído do acórdão da AP 470/MG, p. 1084.

A persecução penal de grandes casos de corrupção na maioria das vezes esbarra nessas dificuldades. Identificam-se vultosas somas de propinas, destinadas a funcionários públicos como forma de suborná-los quanto ao exercício, potencial ou efetivo, da sua função. Entretanto, a menos que os envolvidos confessem os delitos ou delatem os detalhes do esquema, dificilmente, se obtém alguma correlação mais precisa entre as propinas e os atos funcionais específicos a que se destinaram – até porque, como dito, em muitos casos, as propinas são periódicas e prescindem de correlação com qualquer ato em concreto.

Esses desafios impostos pela grande corrupção à interpretação restritiva dos tipos dos arts. 317 e 333 do CP levaram a uma mudança da jurisprudência do STF, quando do julgamento do caso Mensalão, em 2012. A partir daí, doutrina e jurisprudência passaram a aprimorar o raciocínio hermenêutico sobre os tipos penais, ora abrandando a noção de ato de ofício e a exigência de sua delimitação individualizada, ora diferenciando os elementos típicos da corrupção passiva em relação à modalidade ativa.

5. O (CONTROVERSO) PRECEDENTE DO CASO MENSALÃO

Em linhas gerais, o caso Mensalão envolveu a imputação de crimes de corrupção relacionados a três situações: a) a entrega de dinheiro ao então presidente da Câmara dos Deputados para que favorecesse o grupo publicitário que venceria a licitação realizada pelo órgão (e que, posteriormente, receberia vantagens indevidas na vigência do contrato); b) a entrega de dinheiro ao então diretor de *marketing* do Banco do Brasil, em troca da apropriação indevida de valores do banco pelo mesmo grupo publicitário mencionado na alínea anterior; c) o “mensalão” propriamente dito, ou seja, o oferecimento mensal de propinas a parlamentares em troca de apoio (pessoal e de correligionários) a projetos de interesse do governo federal na Câmara dos Deputados¹⁹.

Ao julgar o caso, a maioria dos Ministros do STF entendeu configuradas as condutas típicas da corrupção ativa e passiva quanto a vários dos denunciados, invocando em seus votos o precedente do caso Collor (AP 307/DF).

Ocorre que, ao levarem em consideração o citado precedente, os Ministros do STF se depararam com duas grandes dificuldades: diante da orientação restritiva firmada naquele julgamento, o apoio aos projetos de interesse do governo poderia ser considerado um ato de ofício dos parlamentares? E, sendo esse apoio diluído no tempo, sem objeto específico e comprado mediante propinas periódicas, como poderia a acusação narrar e provar os atos de ofício de forma individualizada?

Há controvérsia, tanto na doutrina quanto nos próprios votos dos Ministros do STF, em relação ao alcance da decisão do caso Mensalão. De início, deve-se ponderar que a peremptória afirmação de alguns Ministros no sentido de que teria sido mantido o precedente da AP 307/DF não se sustenta. Diferentemente daquele caso, o STF flexibilizou o grau

19. Síntese apresentada por QUANDT, Gustavo de Oliveira, 2014, p. 181-214 [versão eletrônica].

de determinação do ato de ofício, admitindo sua existência em potencial. Nas palavras do Ministro Luiz Fux²⁰:

“[...] o ato de ofício representa, no tipo penal da corrupção, apenas o móvel daquele que oferece a peita, a finalidade que o anima. Em outros termos, é a prática possível e eventual de ato de ofício que explica a solicitação de vantagem indevida (por parte do agente estatal) ou o seu oferecimento (por parte de terceiro). E mais: não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado [...]. É necessário, porém, que exista em potência.”

Os Ministros Lewandowski e Toffoli, vencidos, chegaram a afirmar que a corrente majoritária da Corte havia decidido pela desnecessidade de existência e identificação do ato de ofício no crime de corrupção passiva. Bastaria, para a configuração do delito, que a vantagem indevida se relacionasse casualmente com a perspectiva de exercício do cargo público²¹⁻²².

Da leitura atenta dos votos, entende-se que, no caso Mensalão, o STF firmou as seguintes balizas interpretativas quanto aos crimes de corrupção ativa e passiva: a) não é necessária relação causal entre a vantagem indevida e a efetiva prática de atos de ofício; b) apesar de certa divergência entre os próprios Ministros, deve-se demonstrar a relação causal entre a vantagem indevida e um ou mais atos de ofício em potencial, mesmo para a corrupção passiva. Portanto, para o STF, no citado julgamento, não basta à configuração do tipo penal da corrupção passiva a simples prova do pagamento de vantagem indevida a um funcionário em razão da função, isto é, sem qualquer relação com os atos de ofício que ele potencialmente possa praticar. Nesse ponto, pode-se afirmar que o Supremo interpretou o art. 317 do CP (que adota expressamente o critério da função) a partir do art. 333 do CP (que determina a vinculação da vantagem indevida à figura do ato de ofício).

Por outro lado, ao utilizar a expressão “atos de ofício em potencial”, a Corte: a) não esclareceu adequadamente o que entende por ato de ofício; e b) não definiu qual o grau de determinação necessário desse ato para fins de configuração da prática delitiva.

Quanto à definição de ato de ofício, alguns Ministros se referiram à concepção restritiva, ou seja, ao entendimento de que o ato de ofício é aquele que se inclui no complexo de

20. Acórdão da AP 470/MG, p. 1521-1524.

21. Segundo o Ministro Lewandowski, “basta, pois, segundo entende a Corte, para a caracterização do delito de corrupção passiva, que se demonstre o recebimento de vantagem indevida, subentendendo-se a possibilidade ou a perspectiva da prática de um ato comissivo ou omissivo, não identificado, presente ou futuro, atual ou potencial, desde que este esteja na esfera de atribuições do funcionário público.” (acórdão da AP 470/MG, p. 3729-3730.)

22. No mesmo sentido, o Ministro Toffoli: “Como já decidido por este Plenário em capítulo anterior, no que inclusive fiquei vencido, a corrente majoritária formou-se no sentido de ser despendida a existência do ato de ofício para a tipificação do crime de corrupção passiva, bastando, para tanto, que a vantagem seja oferecida em razão do exercício de cargo público.” (acórdão da AP 470/MG, p. 4225.)

atribuições funcionais do funcionário público. Porém, considerando que a conduta que estava em discussão era o apoio de parlamentares a projetos de lei, há vários trechos em que os Ministros admitem um vínculo mais tênue entre o ato praticado e as funções do agente. Apenas para citar um exemplo, o Ministro relator Joaquim Barbosa referenciou que, para fins de delimitação conceitual do ato de ofício, basta que ele “caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente”²³.

No que toca ao segundo ponto, ficou em aberto a estipulação de um *standard* sobre a exigência descritiva mínima do ato de ofício em potencial que estaria sendo empenhado pelo funcionário público em troca da vantagem indevida. De forma geral, afastou-se a necessidade de individualização de tal ato²⁴, porém, não se chegou a um consenso claro sobre qual seria o seu “conteúdo descritivo mínimo”²⁵. Para o Ministro Ayres Britto, por exemplo, basta a indicação da “classe de atos em troca dos quais se solicita ou se recebe a vantagem indevida – isto é, a natureza do ato objeto da corrupção”²⁶.

Como se verá a seguir, essa imprecisão do precedente do caso Mensalão quanto ao grau de determinação dos atos de ofício para fins de configuração típica da corrupção ainda reverbera na doutrina e na jurisprudência.

A origem das dificuldades suscitadas pelo STF talvez resida no fato de que a expressão “ato de ofício” tenha sido utilizada na AP 470/MG apenas em termos de linguagem ou retórica. Sustentando essa posição, Salvador Netto (2013, p. 57) argumenta que o STF teria, na realidade, abandonado a dependência absoluta entre corrupção e ato de ofício, de tal maneira que o tipo restaria aperfeiçoado “pelo recebimento da vantagem *em razão do cargo*”. Nessa concepção, continua, “o ato de ofício torna-se apenas potencial, presumível, sendo a corrupção um mercadejar que se esgota na *venalidade da função*” (SALVADOR NETTO, 2013, p. 57).

Seja como for, o caso Mensalão deixou definido ao menos um *standard* para a interpretação do que atende ao grau de determinação dos atos de ofício nos tipos de corrupção: o recebimento de propinas por parlamentares em troca de apoio a projetos de interesse do governo (dispensando, assim, a individualização precisa dos atos de ofício comprados).

23. Acórdão da AP 470/MG, p. 3680.

24. Segundo o Ministro Luiz Fux, “não é necessário que o ato de ofício pretendido seja, desde logo, certo, preciso e determinado”. (acórdão da AP 470/MG, p. 1.522.) Ressalve-se, como já dito, que os Ministros Lewandowski e Toffoli foram vencidos no ponto. Ao reconhecerem a posição da maioria, entenderam tais Ministros que o Plenário havia se afastado do precedente da AP 307/DF a ponto de tornar-se desnecessária a indicação entre o recebimento da vantagem pelo funcionário público e a prática de determinado ato funcional.

25. Expressão utilizada no voto do Ministro Gilmar Mendes: “Não estou a defender, por óbvio, que a imputação possa ser genérica, abstrata, despida de conteúdo descritivo mínimo, mas que a relevância penal é a mercancia da função pública e não o ato em si.” (acórdão da AP 470/MG, p. 4361).

26. Acórdão da AP 470/MG, p. 2475.

6. A (PARCIAL) FLEXIBILIZAÇÃO DA HERMENÊUTICA QUANTO AOS TIPOS DE CORRUPÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA E NA DOUTRINA

A partir do julgamento do caso Mensalão, a jurisprudência passou a admitir com mais frequência certa flexibilização quanto ao conceito de ato de ofício e à sua exigência – ou o grau de sua exigência – como elemento típico da corrupção ativa e passiva.

No caso do crime de corrupção passiva, a 1ª Turma do STF chegou a dispensar, em precedentes recentes, a necessidade de conexão entre um ato de ofício específico e as vantagens indevidas, de forma a adotar o critério da função pública (ou das atribuições do funcionário público) como um dos elementos do injusto penal²⁷.

Já a 2ª Turma do STF, embora mantendo a exigência do ato de ofício para a configuração do tipo do art. 317 do CP, vem definindo-o a partir de uma perspectiva funcional, não restritiva²⁸. Nessa linha de entendimento, ato de ofício não é necessariamente aquele ato que se inclui no complexo das atribuições funcionais do agente público (como fora defendido na AP 307/DF e, por alguns Ministros, na AP 470/MG), mas sim qualquer ato material ao seu alcance, em razão da função pública que desempenha.

No âmbito do STJ, há mais de uma década, vem sendo reafirmada a tese de que o fundamental para a figura típica do art. 317 do CP “é a mercancia da função [...], prescindindo-se da necessidade de apontar e demonstrar um ato específico da função, dentro do âmbito dos atos possíveis de realização pelo funcionário”²⁹.

Mais recentemente, no REsp 1.745.410 (caso dos aeroportuários), o STJ cuidou de estabelecer balizas interpretativas distintas entre o tipo da corrupção passiva e o da corrupção ativa. No caso concreto, discutia-se, em suma, se configuraria corrupção a promessa de vantagem indevida para dois aeroportuários receberem e escoltarem estrangeiro até as áreas restritas do aeroporto, acompanhando-o até que fosse possível a passagem furtiva pelo serviço de imigração. Prevaleceu a posição da Ministra Laurita Vaz, segundo a qual a expressão “em razão da função”, presente no tipo da corrupção passiva (art. 317 do CP), não é equiparável ao ato de ofício da corrupção ativa (art. 333 do CP). Assim, diferentemente deste, a condenação naquele crime não depende de que as ações ou omissões indevidas estejam dentro das atribuições formais do funcionário público, bastando que se trate de condutas

27. STF, AP 695, 1ª T., rel. Min. Rosa Weber, j. em 06.09.2016; STF, Inq. 4.506, 1ª T., rel. p/acórdão Min. Roberto Barroso, j. em 17.04.2018 (caso Aécio Neves).

28. STF, AP 996, 2ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. em 29.05.2018 (caso Dep. Nelson Meurer, Operação Lava Jato). Decidiu o colegiado, em síntese, que o apoio político ou a indicação de apadrinhados para cargos públicos por parlamentar configura ato de ofício, embora não voltado para a discussão e aprovação de leis, dada a configuração do regime brasileiro como um presidencialismo de coalizão. No mesmo sentido, STF, AP 1.019, 2ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. em 24.08.2020; STF, AP 1.015, rel. Min. Edson Fachin, 2ª T., j. em 10.11.2020.

29. STJ, REsp 440.106/RJ, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. em 24.02.2005, *DJ* 09.10.2006, p. 367. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.354.672/DF, 5ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. em 12.08.2014, *DJe* 25.08.2014.

que, “em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada”³⁰.

A despeito dessa tendência de flexibilização nos tribunais superiores, é curioso observar certa resistência em sua admissão, notadamente no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Em julgamento de *habeas corpus* no final de 2020, por exemplo, a 3ª Turma do TRF-1ª Região rejeitou expressamente a orientação do STJ, fixando a necessidade de “um nexo entre a vantagem solicitada ou aceita e a atividade exercida pelo funcionário corrupto”³¹. Em outros precedentes firmados em análise de *habeas corpus*, posteriores ao caso Mensalão e à tendência observada no STF e no STJ, o TRF-1ª Região também foi bastante restritivo quanto à definição de ato de ofício e ao seu grau de determinação, exigindo individualização em concreto dos atos que seriam objeto de mercancia³².

Já no âmbito doutrinário, várias obras e artigos vêm propondo diferentes critérios hermenêuticos para os tipos da corrupção passiva e ativa, ampliando, em maior ou menor grau, os rígidos critérios interpretativos fixados na doutrina tradicional.

Guilherme de Sousa Nucci, nas edições mais recentes de sua obra, passou a sustentar que há proposital omissão do ato de ofício na figura da corrupção passiva (art. 317 do CP), de modo que é desnecessário mencioná-lo na denúncia. Justifica sua posição com o argumento de que a norma penal se destina à proteção da moralidade administrativa e, assim, qualquer benefício inadequado recebido pelo servidor atenta contra o bem jurídico, inclusive quando destinado a deixá-lo receptivo a futuros pedidos. Por outro lado, entende necessária a determinação do ato de ofício para a configuração típica da corrupção ativa (art. 333 do CP). Porém, ressalva que o particular pode vir a responder como partícipe na corrupção passiva quando oferecer ou prometer vantagem indevida para tornar o servidor flexível e receptivo a futuros pedidos, “vez que induziu o servidor a aceitar o indevido ou atendeu ao pedido dele” (NUCCI, 2016, p. 1396-1397)³³.

30. STJ, REsp 1.745.410, 6ª T., rel. p/acórdão Min. Laurita Vaz, DJe 23.10.2018. Mais recentemente, a 5ª Turma também decidiu no mesmo sentido: AgRg no AREsp 1.650.032/RJ, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25.08.2020, DJe 01.09.2020.

31. TRF-1, HC 1008667-89.2020.4.01.0000, 3ª T., rel. Des. Federal Ney Bello, PJe 23.10.2020.

32. Nesse sentido, TRF-1, HC 1024917-71.2018.4.01.0000, 4ª T., rel. Des. Federal Néviton Guedes, PJe 04.09.2020; TRF-1, HC 0062035-69.2016.4.01.0000, 4ª T., rel. Des. Federal Olindo Menezes, e-DJF1 05.03.2018. Um caso mais limítrofe, merecedor de estudo detalhado em outra oportunidade, consiste no HC 1018002-69.2019.4.01.0000 (Des. Federal Néviton Guedes, 4ª T., e-DJF1 19.09.2019). Nele, entendeu o Tribunal que a vantagem pactuada não estaria causalmente vinculada, sequer do ponto de vista material, a atribuições do servidor público (no caso, Procurador da República), mas sim a atividades típicas e privativas de advogado.

33. A possibilidade de punição do particular como partícipe na corrupção passiva é criticada por Gustavo Quandt (2017, p. 64-65): primeiro, porque “os sentidos das condutas [de quem oferece ou promete em relação a quem recebe ou aceita promessa] são opostos, e não convergentes”; segundo, porque a separação das condutas em tipos diferentes pode ser entendida “como uma cláusula de barreira para a punição do particular”.

José Paulo Baltazar Junior, citando jurisprudência dos TRFs da 1ª e da 4ª Regiões, também salienta que a oferta ou promessa de vantagem precisa se dirigir a um ato de ofício do funcionário público. Observa, todavia, que não é necessário “que o servidor tenha poderes para, isoladamente, atender de forma definitiva, absoluta e isolada a situação posta”; basta que “possa influenciar no sentido pretendido pelo particular, como é o caso do parlamentar que recebe vantagem para emitir opinião favorável como relator de CPI, ainda que o documento tenha que ser votado em órgão colegiado” (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 348). Fica clara, assim, a adoção do conceito funcional de ato de ofício para o tipo da corrupção ativa.

Quanto à corrupção passiva, o mesmo autor expõe ser controvertida a exigência de determinação do ato praticado ou a ser praticado pelo funcionário em contrapartida à vantagem solicitada ou recebida. Deixando subentendida a influência do caso Mensalão, critica a exigência restritiva do ato de ofício por dificultar a punição dos casos em que mercancia da função pública ocorre de forma difusa. Como explica, nesse tipo de situação, “o funcionário retribui [à contraprestação] com uma pluralidade de atos, de difícil individualização, o que poderá ocorrer, por exemplo, em relação à grave corrupção de parlamentares” (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 297). Assim, filia-se ao entendimento de que na corrupção passiva é desnecessário individualizar um ato ou um conjunto de atos, bastando “evidenciar que a vantagem indevida é decorrência do exercício da função pública” (BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 297).

Entre as posições intermediárias, Gustavo Quandt (2017, p. 69 e 72) aponta que o aspecto mais relevante na corrupção não é a existência de um ato de ofício (ainda que potencial), mas a venalidade do funcionário, isto é, a mercancia da função. Sustenta como defensável a interpretação mais ampla do crime de corrupção passiva, segundo a qual a venalidade pode abranger a função como um todo (isto é, a competência para a prática de atos de ofício), e não somente atos de ofício individualizados – até porque a venda da aptidão para a prática de atos de ofício é evidentemente mais gravosa do que a venda de um ou outro desses atos. Contudo, ressalva Quandt que a ideia de venalidade é problemática quando se abandona o ato de ofício como objeto de referência. Isso porque haverá situações em que o funcionário público recebe, em razão da função (e não do seu exercício ou da prática de um ato de ofício em potencial), vantagem que não precisaria ser paga, porém, o fato claramente não merece reprovação na esfera criminal (QUANDT, 2017, p. 67-72)³⁴. Ademais, no caso da corrupção ativa, em que o ato de ofício é um requisito típico, tal dispensa não seria possível, sob pena de violação do princípio da legalidade. Nas suas palavras (QUANDT, 2017, p. 59-60)³⁵:

34. São alguns dos exemplos citados: a) o caso do professor universitário que é beneficiado com a locação de um imóvel em detrimento de outros interessados, em prestígio à sua função pública; b) o caso da contratação de um professor por uma rede privada em razão do cargo público que ocupa, apesar da existência de outros concorrentes com formação acadêmica similar.
35. Ressalte-se que, no mesmo texto, é reconhecida como defensável a interpretação mais ampla do crime de corrupção passiva, sem a necessidade de individualização do ato de ofício, caso se admita a “possibilidade conceitual da venda da própria posição de funcionário público, como sujeito apto/vocacionado a produzir atos de ofício” (QUANDT, Gustavo de Oliveira, 2017, p. 72).

“[...] se um excesso na exigência da determinação do ato de ofício ao qual a vantagem se referente tende a inutilizar os arts. 317 e 333 no combate à corrupção endêmica ou a favorecer a proliferação de presunções e ficções na jurisprudência, um abrandamento também excessivo nessa exigência de determinação conduz à própria anulação do requisito típico (que, no caso do art. 333, está expresso na lei). No limite, a exigência de que a propina se refira a um ato de ofício genérico e completamente indeterminado termina por praticamente identificar o requisito da relação com um ato de ofício previsto no art. 333 com a simples relação da propina com a *função pública* exercida pelo agente (art. 317), uma vez que a função pública se caracteriza, num certo sentido, pela *aptidão para a prática de atos de ofício*. Grosseiramente falando, um parlamentar é um funcionário que debate e vota projetos de lei, assim como um juiz é um funcionário que conduz processos e profere decisões. Se não houver exigência alguma quanto à caracterização dos atos que o juiz ou parlamentar embolsados pelo particular deverão praticar em troca da propina, dizer-se que esta se dirigiu a que o juiz proferisse ‘decisões favoráveis aos interesses do particular’ ou a que o parlamentar apoiasse ou deixasse de questionar ‘projetos de lei e outros atos legislativos de interesse do particular’ é o mesmo que dizer que houve pagamento de vantagem indevida ‘em razão da função’ de magistrado ou de parlamentar, respectivamente. [...] um excessivo afrouxamento da exigência de que o ato de ofício seja determinado no momento da oferta da propina, em lugar de aproximar os arts. 317 e 333 pela transposição para o primeiro de um requisito do último (a vinculação da vantagem indevida a um ato de ofício), importa na interpretação do art. 333 de acordo com o art. 317, o que viola o princípio da legalidade ao praticamente dispensar um requisito típico expresso no primeiro.”

Já Salvador Netto, levando em consideração o precedente do caso Mensalão (AP 470/DF), entende como incorreta a generalização da hermenêutica quanto à identificação do ato de ofício para fins de configuração dos delitos de corrupção. Na sua visão, o sistema criminal e, conseqüentemente, as normas que incriminam a corrupção não podem ser indiferentes às variações dos cargos ocupados por funcionários públicos, que contemplam uma multiplicidade de direitos e obrigações. Assim, conclui que, a depender do grau de discricionariedade que o funcionário público tem no exercício do seu cargo, a segurança jurídica recomendará que se exija a efetiva existência de mercancia sobre um ato de ofício ou, diversamente, apenas a sua potencialidade. Conforme explica (SALVADOR NETTO, 2013, p. 57)³⁶:

“A dependência existente entre o delito de corrupção e a prática de ato de ofício correlata é diretamente proporcional ao grau de discricionariedade que detém o cargo ocupado pelo servidor público. Isto é, nos casos de funcionários com estreitas margens de atuação, como, por exemplo, a prática de restritos atos administrativos vinculados, parece ser mais crucial a preocupação, até em nome da segurança jurídica, com a relação (o sinalagma) entre vantagem indevida e ato de ofício praticado. Já em cargos nitidamente políticos, aflora com maior clareza esta ilícita mercancia com a função, em si mesma considerada,

36. No mesmo sentido, cf. FLORES, Melina Castro Montoya, 2020, p. 580-581 e 591-592.

esvaindo-se a dependência pontual entre a benesse e o exercício de algum ato. Evidente que em todos os casos, é necessário que o servidor e o particular almejem a prática de atos relacionados com a função exercida pelo intraneus. O novo colorido reside no fato de (ao se tratar de agentes políticos) bastar, tão somente, a potencialidade de algum ato inerente à função, e não a promessa ou a prática de específico ato.”

Finalmente, Luís Greco e Adriano Teixeira, valendo-se da dogmática alemã, defendem que o injusto (o desvalor) da corrupção não reside primariamente no resultado, mas sim na atividade desenvolvida por meio (do oferecimento, aceitação ou recebimento) da vantagem.

No direito alemão, há a tipificação da corrupção simples (§§ 331 e 333 do StGB) e da corrupção com infração funcional (§§ 332 e 334 do StGB). Assim, salientam que a corrupção é um abuso de poder condicionado por vantagem, cuja relação pode se dar: a) pela simples perversão da coisa pública em benefício privado (violação do princípio da separação entre esfera pública e privada), quando o tipo penal não exigir a infração concreta a um dever funcional para a configuração do crime; b) pelo desrespeito, condicionado pelo recebimento de vantagem, à aplicação da lei em prol do bem comum (violação do princípio da legalidade), quando o tipo exigir a infração a dever funcional (ou seja, o serviço não é prestado regularmente, mas sim irregularmente), como preveem alguns ordenamentos (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 28-32).

Aprofundando nessa análise, ressaltam com muita propriedade que o cerne dos delitos de corrupção reside no conceito normativo de pacto de injusto. Caracteriza-se ele como a “combinação entre vantagem e exercício do serviço público (ou ação funcional)”, sendo que tal combinação “deve ser ‘irregular’ ou ‘não permitida’” (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 32-33).

Consistindo o pacto em um ajuste com a possibilidade de contraprestação do funcionário público, ele “não se completa se a vantagem é concedida apenas em razão da *posse* ou da *titularidade* do cargo. É preciso que a vantagem se combine, *ao menos*, com o *exercício da função*” (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 33-34).

Ademais, na corrupção simples (§§ 331 e 333 do StGB), como não há infração funcional, será necessário à tipificação do delito que a vantagem oferecida ao servidor público não se limite à esfera pública, alcançando a sua esfera particular – de modo a caracterizar o pacto de injusto como não permitido (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 25-33). Nessa linha de raciocínio, por exemplo, doações efetuadas por uma empresa a um órgão público, por intermédio do chefe da repartição, não implicariam corrupção, visto que a vantagem não reverte em benefício pessoal do servidor.

Essa evolução dogmática, como explicam, resultou de reforma legislativa realizada na Alemanha em 1997³⁷. Por meio dela, foram deixadas de lado as expressões “ação funcional” ou “ato de ofício” como definidoras do pacto de injusto no crime de corrupção simples (§§ 331, 333 StGB), que passou a se referir, expressamente, ao exercício da função. Já na corrupção com infração funcional (§§ 332, 334 StGB), foi mantida expressamente a

37. Lei de Combate à Corrupção, de 13 de agosto de 1997 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption).

exigência – tal como na corrupção ativa do direito brasileiro – de que a contrapartida pelo servidor se vincule a um ato de ofício. Contudo, esse ato não precisa ser “detalhadamente individualizado, de modo que se possa saber data, local e modo de execução. [...] é preciso que se saiba [apenas] em que sentido ou que tipo de ato de ofício o funcionário deve realizar” (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 34).

Trazendo essas concepções para a dogmática brasileira, concluem que o tipo simples da corrupção passiva deve ser restringido: a) primeiro, quanto ao elemento vantagem indevida, “declarando impunível o recebimento de vantagem que fica adstrita à esfera pública” (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 45); b) em segundo lugar, a locução “em razão do cargo”, presente no texto do art. 317, *caput*, do CP, deve ser interpretada como em razão do exercício do cargo. É nesse sentido, inclusive, que interpretam a exigência de conexão entre a vantagem e um ato de ofício em potencial do funcionário público, firmada pelo STF ao decidir a AP 470/MG (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 44).

Adiante, será retomada a noção de pacto de injusto centrada na venalidade do exercício da função pública. No entendimento aqui defendido, ela é fundamental não só para a interpretação do crime de corrupção passiva, como também para a corrupção ativa, a despeito da literalidade do *caput* do art. 333 do CP.

7. O PANO DE FUNDO DA CONTROVÉRSIA: ENTRE A MAIOR E A MENOR INCIDÊNCIA DAS NORMAS PENAIS QUE CRIMINALIZAM A CORRUPÇÃO

Seria ingênuo pensar que a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a elementar dos atos de ofício nos tipos de corrupção se limitaria a um problema hermenêutico, ou seja, ao debate técnico sobre aspectos literais e sistêmicos das normas penais.

A exigência da identificação de um ato de ofício restringe significativamente a incidência penal, sobretudo nos casos de corrupção mais complexos. Nessa hipótese, se a acusação não individualizar adequadamente o ato de ofício nem comprovar que os agentes transacionaram com tal ato, restará prejudicada a tipicidade.

Ocorre que, conforme abordado no tópico 4 deste artigo, as trocas ilícitas efetuadas por grandes detentores de poder político e econômico envolvem decisões com elevada margem de discricionariedade e espectro de influência. Dificilmente as propinas se destinarão, aqui, à compra de atos específicos e bem delimitados; seu objetivo estará vinculado à mercancia da potencialidade da prática de qualquer ato que esteja ao alcance dos poderes de fato do funcionário público integrante do esquema. Não raramente, haverá a compra da própria função ou de uma “boa relação” com o funcionário. Em tal situação, pode ser até mesmo impossível a formulação de acusação no sentido de que, juntamente a esse bom relacionamento, existiria a compra de um ato de ofício determinado, ainda que eventual (condicionado a evento futuro e incerto)³⁸.

38. Um ato eventual é aquele condicionado a evento futuro e incerto, sendo, portanto, fortuito ou casual. Trata-se de conceito distinto de ato potencial, que significa aquele suscetível de acontecer ou existir, mas sem existência real. Assim, comprar um ato de ofício eventual exige que ele seja determinado,

Assim, na grande corrupção, a identificação precisa de um ato de ofício como elemento do tipo traduz-se, não raramente, em ônus diabólico imposto à acusação, seja do ponto de vista argumentativo ou comprobatório. E, não por outra razão, a tese da individualização de atos de ofício como elemento típico imprescindível dos delitos de corrupção é sistematicamente aventada pela defesa, como se vê dos precedentes do caso Collor (AP 307/DF) e do caso Mensalão (AP 470/MG)³⁹.

Por outro lado, na eventualidade de se dispensar a identificação do ato de ofício, em maior ou menor grau, “a mercancia da corrupção afasta-se da dimensão de uma atitude concreta do funcionário, e ganha um caráter de venalidade da própria função pública” (SALVADOR NETTO, 2013, p. 57). Essa interpretação leva a um inegável alargamento da incidência penal, dado que a função pública consiste na aptidão para a prática de um conjunto de atos de ofício.

Como narrado no tópico anterior, boa parte da doutrina e da jurisprudência mais recentes tem admitido certa flexibilização quanto ao elemento típico do ato de ofício, notadamente na grande corrupção. Nos demais casos, envolvendo a corrupção burocrática (ex.: guarda de trânsito que solicita propina para não lavar multa), a identificação do ato de ofício não é problemática, razão pela qual sua exigência à configuração típica não suscita qualquer resistência na prática. Ao mesmo tempo em que tal flexibilização soluciona (parte) das dificuldades dos casos de grande corrupção, ela pode trazer problemas se for ampliada a ponto de se criminalizar toda e qualquer vantagem direcionada ao funcionário público – notadamente, se for utilizada a fórmula “em razão da função”, como diz o tipo do art. 317 do CP de modo literal.

Nos dois próximos tópicos, serão expostos os motivos para se rejeitar essa última solução; por outro lado, argumentar-se-á em favor da ideia de venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo comum suficiente à caracterização típica de ambas as formas de corrupção (ativa e passiva).

8. PREMISSAS CONCEITUAIS PARA UMA NOVA HERMENÊUTICA DOS TIPOS DE CORRUPÇÃO

8.1. *A definição de pacto de injusto e de vantagem indevida*

Corrupção pública significa, em linhas gerais, o tráfico ou a mercancia da função pública, a fim de satisfazer interesses privados⁴⁰. Assim, a ideia básica dos tipos de corrupção

embora futuro e incerto; comprar um ato de ofício potencial não exige a determinação do ato, bastando que ele seja suscetível de acontecer (logo, ele é determinável).

39. Confirmam-se, por exemplo, as teses defensivas dos réus João Paulo Cunha, Valdemar Costa Neto e Roberto Jefferson (p. 264-265, 274 e 279 do acórdão da AP 470/MG).

40. Na doutrina sobre corrupção, essa definição é conhecida como teoria do principal-agente, ou seja, a corrupção é o abuso de uma posição ou de um poder confiado a um agente por uma parte principal

corresponde necessariamente, como já observado, à de “venalidade em torno da função pública” (HUNGRIA, 1958, p. 365).

Esse núcleo conceitual (venalidade do exercício da função pública), na dogmática penal, consubstancia a noção de pacto de injusto. Trata-se da conexão entre uma vantagem (indevida) e a possibilidade de contraprestação pelo agente público, isto é, a “combinação entre vantagem e exercício do serviço público (ou ação funcional)” (GRECO; TEIXEIRA, 2017, p. 32).

A definição do que deve ser enquadrado ou não como pacto de injusto, para fins penais, varia de acordo com os valores morais de cada país e a sua incorporação pelo ordenamento jurídico.

O legislador brasileiro lançou mão, como elementos dos tipos de corrupção ativa e passiva, das figuras da “vantagem indevida”, da “função pública” e do “ato de ofício”, as quais servem de parâmetros interpretativos do pacto de injusto. Sua delimitação conceitual, porém, não pode se distanciar da realidade subjacente nem distorcer os tipos de corrupção a ponto de lhes subtrair o seu núcleo essencial – ou seja, a proibição, pela norma penal, do injusto (desvalor) consubstanciado na venalidade do exercício da função pública.

Em relação à elementar “vantagem indevida”, atualmente, prevalece sua interpretação ampla, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, assim como em documentos jurídicos internacionais.

Nessa acepção, entende-se por vantagem “qualquer prestação material ou imaterial que melhore de maneira objetiva e mensurável a situação econômica, jurídica, ou apenas pessoal de um sujeito” (LEITE; GUIMARÃES, 2017, p. 141-142). Já o caráter indevido alcança tanto a vantagem que não pode ser paga (porque ilícita) quanto a que não precisa ser paga (ou seja, a vantagem que, mesmo que lícita, não é devida ao funcionário público, por representar uma mercancia da função pública).

As gratificações ou doações de pequena monta, quando não indiquem a venalidade do exercício da função pública, não devem ser entendidas como vantagem indevida para fins penais. Sua exclusão típica pode ocorrer por distintos critérios, como o da adequação social, o da mínima ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal (ex.: pequenos presentes por ocasião das festas de fim de ano)⁴¹ ou, ainda, o da ausência de dolo (MASSON, 2017, p. 721).

Registre-se a dificuldade de se estabelecer, *a priori*, um critério econômico para definição do que deve ser enquadrado como pequena gratificação a fim de excluir o caráter indevido de determinada vantagem. A disparidade dos níveis de renda do particular e do

(um empregador ou uma população, por ex.), para a obtenção de ganhos privados ou benefícios pessoais. A propósito, ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J., 2016, p. 9.

41. Nesse sentido, HUNGRIA, Nelson, 1958, p. 369; CAPEZ, Fernando, 2007, p. 437-438. Bitencourt (2021 [livro eletrônico]), além de invocar os princípios da adequação social e da insignificância, pontua que o crime de aceitação de dádiva tutela a imagem da Administração Pública, e não o seu funcionamento, não encontrando figura típica correspondente no direito brasileiro, diferentemente do direito argentino.

funcionário público envolvidos, por exemplo, pode ser decisiva. Um empresário com alta renda pode razoavelmente conceber como de baixa monta determinado presente que, oferecido ao funcionário público, venha a ser recebido como pressuposto a uma contraprestação no âmbito das suas funções. Da mesma forma, o padrão moral de cada pessoa pode superar qualquer consideração econômica: há quem entenda como recusáveis as gratificações, mesmo que de pequeno valor, por considerar incabível que um funcionário público seja agraciado pelo desempenho regular de suas atribuições; por outro lado, no extremo oposto, há quem se venda em troca de qualquer gracejo.

No entanto, as dificuldades apontadas não devem ser superestimadas. A elementar “vantagem indevida”, pela sua textura aberta, nada mais é que um conceito jurídico indeterminado. Como tal, sua complementação deve ser dada pelo intérprete à luz do caso concreto⁴². Assim, os precedentes sobre o tema serão capazes de estabelecer *standards* conceituais. Por exemplo, a entrega de dádivas e presentes pode ser definida como conduta socialmente adequada, porém, desde que seja feita de forma ocasional e sem correlação com qualquer tipo de contraprestação, ainda que indireta.

8.2. Função pública e atos de ofício

As elementares “função pública” e “ato de ofício”, ao lado da “vantagem indevida”, complementam a ideia do injusto penal nos crimes de corrupção ativa e passiva.

A função pública, primeiramente, é importante à definição da própria figura do funcionário público para fins penais, nos termos do art. 327 do CP. É que, embora os titulares de cargo ou emprego público desempenhem funções públicas, há vários casos de exercentes de função pública, como os jurados e os mesários, que não são titulares de cargo nem emprego público.

Embora pareça à primeira vista óbvia, a noção de função pública, justamente pela sua abertura e possibilidade de complementação em face de cada concreto, suscita inúmeras controvérsias na doutrina e na jurisprudência⁴³.

Um primeiro ponto de embate ocorre em razão da (indevida) caracterização da função pública, por alguns, unicamente a partir do local de trabalho. A prevalecer essa associação, seria forçoso concluir que os empregados terceirizados (como recepcionistas e faxineiros) em uma repartição pública são funcionários públicos para fins penais, ainda que suas

42. “Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, por vezes referidos como cláusulas gerais, constituem manifestações de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.” (BARROSO, Luís Roberto, 2011, p. 333-334).

43. Para uma abordagem mais profunda das mencionadas controvérsias, cf. QUANDT, Gustavo de Oliveira, 2014, p. 181-214 [versão eletrônica].

atribuições sejam somente periféricas ou instrumentais, sem nenhuma correlação com a atividade pública prestada pelo órgão. Portanto, o conceito de função pública não pode ser atrelado, necessariamente, ao aspecto espacial (local do trabalho).

Outro ponto consiste na invocação da categoria do *múnus público* como excludente da função pública. A artificialidade dessa solução é demonstrada pela casuística: ora se considera o atuar no interesse da Justiça como um *múnus*, como no exemplo clássico do síndico do processo de falência, ora não, como já decidiu o STJ em relação ao perito judicial⁴⁴. Assim, como bem aponta Gustavo Quandt (2014), a distinção entre função e *múnus* é aparente; ela permite “que se legitime qualquer decisão intuitiva: para afastar a incidência do art. 327 do CP, diz-se que se tratava de mero *múnus*, e para aplicá-lo, declara-se haver autêntica função pública”.

Essas e outras dificuldades são inerentes à definição em concreto de um conceito indeterminado. Porém, há que se reconhecer, na temática, a ausência de parâmetros (*standards*) mais claros e precisos pela doutrina e jurisprudência. Esse cenário certamente poderia ser aprimorado a partir de um enfrentamento mais profundo e sistêmico do assunto.

Em lugar disso, porém, prepondera certo casuísmo, agravado pelo fato de que as discussões travadas em torno dos conceitos de função pública ou de funcionário público ocorrem sob diferentes enfoques e propósitos. Ao réu, pode tanto lhe ser útil restringir a caracterização da função pública (para, p. ex., excluir a tipicidade de uma conduta) quanto ampliá-la (para arguir, p. ex., que descumpriu uma ordem que contrariava suas funções, assim não restando caracterizado o delito de desobediência) (QUANDT, 2014). As diferentes estratégias adotadas pelas partes no processo se refletem na jurisprudência, a qual, sem as devidas preocupações metodológicas e sistêmicas, tende a oferecer precedentes contraditórios e pouco úteis à ideia de uniformização do direito.

O delineamento da noção de função pública é útil não somente à determinação da figura do funcionário público no âmbito penal. Ele é importante, também, para a investigação da relação que deve se estabelecer, em certos tipos penais, entre o exercício de tal função e determinado fato objeto de incriminação. Nesse segundo caso, embora se trate no fundo da mesma questão (saber o que é ou não função pública), a abordagem hermenêutica deve ser feita em separado e por critérios distintos, conforme as diretrizes indicadas por cada tipo penal. Nesse sentido, é irretocável a argumentação de QUANDT (2014):

“[...] no campo material é possível separarem-se aspectos diversos da questão. A maior parte dos crimes que de alguma forma referem a funcionário público – como sujeito ativo (exemplo: peculato), passivo (exemplo: desacato) ou em outra posição (exemplo: corrupção ativa) – exige uma relação entre o fato e as funções do funcionário público; do contrário, toda apropriação indébita cometida por funcionário público seria peculato, e toda injúria a funcionário público seria qualificada (art. 140 c/c art. 141, II, do CP). Pois bem: essa indagação sobre o exercício de função pública pelo sujeito, voltada a determinar se

44. STJ, RHC 1.208, 6ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 05.08.91, p. 10015; STJ, RHC 3.645/SP, 6ª T., rel. Min. Anselmo Santiago, j. 18.10.96, DJ 03.03.97, p. 4707.

ele é funcionário público, deve ser feita separadamente, e segundo critérios geralmente diversos, da indagação concernente à relação entre o fato e as funções do agente. Além disso, essa última investigação teria de seguir diretrizes próprias para cada tipo de delito. Creemos que tal separação tenderia a proporcionar soluções mais satisfatórias para alguns dos exemplos expostos ao longo do texto:

(1) o empregado da empresa que celebrou convênio com os órgãos de trânsito para manter os radares fixos de controle de velocidade ('pardais'), é funcionário público, por força do art. 327, S 1.o, segunda parte, do CP mas a subtração de um bem dessa mesma empresa não ocorre 'valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário [público]', razão pela qual não deve ser considerada peculato: a qualidade de que o sujeito abusa é de empregado da empresa, e não de *longa manus* da Administração Pública. Já a solicitação por esse mesmo funcionário de alguma vantagem para eliminar uma fotografia comprobatória do excesso de velocidade de um motorista constituiria corrupção ativa.

(2) o empregado da Caixa Econômica Federal é sempre funcionário público, e quando desvia dinheiro no exercício da função, comete peculato. No entanto, se um cliente do banco o insulta em razão de sua recusa em receber o pagamento de dívida vencida estampada em boleto de outro banco, tal injúria não é praticada 'contra funcionário público, em razão de suas funções', uma vez que a qualidade de empregado de banco oficial é irrelevante no caso."

Os delitos de corrupção, como visto, remetem à noção de pacto de injusto, ou seja, à venalidade do exercício da função pública. O pacto entre corrupto e corruptor ocorre mediante o estabelecimento de relação entre uma vantagem indevida e a possibilidade de contraprestação pelo agente, *no exercício de suas funções*. Logo, faz-se imprescindível que se assimile corretamente o que se entende como função pública nessa perspectiva relacional exigida pelos tipos – o que, frise-se, implica abordagem distinta daquela que deva ser feita para responder se o agente é ou não funcionário público.

Na perspectiva do injusto penal dos delitos de corrupção (pacto de injusto), a função pública pode ser entendida, simplesmente, como a capacidade ou aptidão para a prática de atos de ofício.

O que são, entretanto, atos de ofício?

Como previamente abordado, a doutrina tradicional e parte da jurisprudência adotam uma aceção restritiva, segundo a qual ato de ofício é aquele que se inclui no complexo das atribuições funcionais do agente público.

Sob outra perspectiva, ato de ofício corresponde a qualquer ato material ao alcance do funcionário público, desde que praticado em razão de tal condição. Essa concepção merece acolhimento porque, em grande parte dos casos, notadamente quando há envolvimento de agentes políticos com grande poder de decisão, simplesmente não existe um rol de atribuições preciso e delimitado para o cargo ou a função pública. Nessas situações, exigir a delimitação de um ato entre as "específicas atribuições funcionais", como o faz parte da doutrina e da jurisprudência, acaba se tornando uma válvula de escape à incidência típica.

Uma interpretação apressada dos conceitos expostos poderia apontar a existência de uma tautologia. A compreensão de função pública na perspectiva de elemento do pacto de

injusto remete à capacidade para a prática de atos de ofício; por sua vez, a definição de atos de ofício, sobretudo na acepção ampliativa aqui defendida, está relacionada a qualquer ato material ao alcance do funcionário público, em razão de tal condição.

A tautologia, porém, é aparente. Compreendido o ato de ofício sob uma perspectiva funcional, o que deveria ser óbvio fica escancarado: na realidade, os conceitos de função pública (na perspectiva relacional do injusto penal) e atos de ofício são interligados, visto que estes são, apenas, a materialização do exercício das potencialidades daquela.

Ao julgar o caso Mensalão, o STF chegou perto dessa percepção, ao lançar mão da figura dos “atos de ofício em potencial” como corretivo do entendimento restritivo de ato de ofício adotado anteriormente, no caso Collor. Todavia, como já observado, ao utilizar tal expressão, a Corte não esclareceu adequadamente o seu conceito, nem definiu qual o grau de determinação necessário do ato para fins de configuração da prática delitiva.

Ora, se na perspectiva relacional do injusto penal a função pública nada mais é do que um conjunto de atos de ofício em potencial (ou a capacidade para a prática de atos de ofício), fica claro que a utilização da expressão “ato de ofício” no julgado da AP 470/MG se deu por retórica⁴⁵. Houve, certamente, uma preocupação em não se distanciar da linguagem utilizada no Código Penal, especialmente no *caput* do art. 333. Porém, a deferência ao elemento textual do tipo não deve ser superestimada em detrimento da atribuição de sentido à norma penal que se concilie com o conteúdo de pacto de injusto que lhe é subjacente. É com essa premissa em mente que se apresenta, no próximo tópico, uma proposta de critério interpretativo aplicável tanto aos elementos típicos da corrupção passiva quanto ativa.

9. A VENALIDADE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA (PACTO DE INJUSTO) COMO CRITÉRIO INTERPRETATIVO DOS ELEMENTOS TÍPICOS DOS CRIMES DE CORRUPÇÃO

Como visto ao longo deste texto, embora o legislador tenha feito uso da elementar “função pública” no *caput* do art. 317 do CP, valeu-se da figura do “ato de ofício” nos parágrafos do mesmo dispositivo (formas majorada e privilegiada da corrupção passiva), assim como no art. 317, *caput*, e parágrafo único, do CP. Essa diversidade textual deu ensejo a uma série de interpretações distintas dos tipos penais.

De um lado, há aqueles que transpõem a elementar “ato de ofício” da corrupção ativa para a passiva, ou dos parágrafos do art. 317 do CP para o seu *caput*, sob o argumento de que ela seria uma elementar implícita. O problema é que, além de tal exegese contrariar o texto legal, a expressão “ato de ofício” era usada no Código Criminal do Império do Brasil

45. Essa é a posição defendida por Salvador Netto (2013, p. 57). Diverge-se aqui, porém, da conclusão de que os tipos de corrupção ocorreriam com a mera venalidade da função. Como se explicará adiante, a interpretação sistemática das figuras do *caput* do art. 317 do CP com a do *caput* do art. 333 do CP, em sintonia com a acepção da figura dos “atos de ofício em potencial”, deve ter em conta a venalidade do exercício da função.

(art. 130) e no Código Penal de 1890 (art. 214), tendo sido substituída pela locução “em razão da função” no Código Penal de 1940.

A outra linha hermenêutica propõe uma diferenciação proposital entre as modalidades simples da corrupção passiva e ativa, a partir da literalidade dos seus elementos típicos.

Primeiramente, no caso do art. 317, *caput*, do CP, uma leitura textual do tipo levaria ao entendimento de que bastaria a relação da vantagem indevida com a posse ou titularidade do cargo. Afinal, o legislador fez uso da expressão “em razão da função”, de modo que seria incabível exigir uma relação da vantagem com a prática (efetiva ou potencial) de ato de ofício.

Contudo, não se pode falar em corrupção sem a expectativa potencial de contraprestação pelo funcionário público a determinada vantagem indevida. Suponha-se que um juiz solicite que seja beneficiado na compra de um imóvel em detrimento de um particular, sem que o potencial exercício de sua função judicante esteja em jogo. Nesse caso, pouco importa, para fins penais, que o vendedor lhe atenda em razão de se tratar de um pedido feito por juiz (o que equivaleria a receber uma vantagem indevida em razão da mera titularidade do cargo). A conduta pode ser questionada na instância disciplinar, porém, não configura o crime de corrupção passiva, dada a clara ausência de mercancia do exercício da função pública. Portanto, na modalidade simples da corrupção passiva, a vantagem indevida deve se combinar ao menos com o *exercício da função como possível contraprestação*, e não somente com a titularidade do cargo⁴⁶.

Já no caso do art. 333, *caput*, do CP, a interpretação literal focada no ato de ofício como requisito típico intransponível tende a condicionar a configuração da corrupção ativa à (indevida) exigência de demonstração da venda de ato de ofício específico e determinado. Impõe-se, com isso, uma espécie de cláusula de barreira à punição de particulares em relação aos funcionários públicos, especialmente, nos casos mais graves de corrupção, em que ela ocorre de forma sistemática e envolve elevadas somas monetárias e grandes empresários.

Essa hipótese (suposto tratamento legislativo mais rigoroso da conduta do agente público corrompido em relação à do particular corruptor) deve ser rechaçada.

A separação da corrupção passiva e ativa em dois tipos distintos teve como propósito precípuo permitir a punição da corrupção unilateral, ou seja, a punição da oferta, promessa e solicitação de vantagens recusadas pela parte contrária. Essa exceção à teoria monista, porém, não distorce a substancial correspondência entre os crimes. Em ambos os casos, os bens jurídicos protegidos são idênticos e as penas também. Ademais, são crimes que muitas vezes caminham “lado a lado, como aspectos simétricos de um mesmo fenômeno”⁴⁷, qual seja, a venalidade do exercício da função pública⁴⁸.

46. Como já exposto, essa posição é defendida por Luís Greco e Adriano Teixeira, para quem “a locução ‘em razão do cargo’, presente no art. 317, CP, deve ser entendida como *em razão do exercício do cargo*” (GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano, 2017, p. 44).

47. Acórdão da AP 470/MG, p. 1520 (trecho do voto do Ministro Luiz Fux).

48. Nesse mesmo sentido, Gianpaolo Poggio Smanio (2013, p. 195-206 [versão eletrônica]) observa que, quando praticados ambos os crimes em relação a um mesmo fato, o elo entre eles “é a função

Portanto, seria incongruente admitir, quer do ponto de vista dogmático ou de política criminal, que houvesse distinções aptas a criar uma cláusula de barreira à punição do particular relativamente ao funcionário público. Tal hipótese implicaria, por certo, violação do princípio da proporcionalidade sob o enfoque da proibição da proteção deficiente. A mercancia da função pública é claramente um injusto penal e, justamente por se consubstanciar em um *pacto*, não há por que tutelá-la penalmente apenas pela ótica do funcionário público – o qual ficaria, nessa hipótese nada plausível, com sua posição à mercê de constantes, vultosas e impuníveis ofertas de propinas por particulares.

Como ideia de injusto penal subjacente a ambos os delitos, a venalidade do exercício da função pública assume especial vetor hermenêutico dos seus elementos típicos. A partir dela, as expressões “função pública” e “ato de ofício” não só podem como devem ser interpretadas sistematicamente, superando-se qualquer exegese literal que aniquile o próprio núcleo conceitual dos delitos de corrupção.

Em outras palavras, tanto a figura do *caput* do art. 317 do CP (corrupção passiva simples) quanto a do *caput* do art. 333 do CP (corrupção ativa simples) devem ser interpretadas no sentido de que tipificam a solicitação ou o recebimento de vantagens indevidas em razão do potencial exercício da função, que nada mais é do que a mercancia da capacidade para a prática de atos de ofício.

Essa interpretação possui o mérito de vencer as discussões quanto à definição e ao grau de determinação da expressão “ato de ofício”, na forma simples dos crimes de corrupção.

É que a principal referência na análise hermenêutica dos elementos típicos das formas simples da corrupção passiva e ativa não deve ser o ato de ofício, mas sim a mercancia do exercício da função, entendida como sinônimo de mercancia da capacidade para a prática de atos de ofício⁴⁹.

A oposição a esse raciocínio é mais sensível (porém, não invencível) no caso da corrupção ativa simples (art. 333, *caput*, do CP). A crítica consiste em que o afrouxamento na exigência de determinação do ato de ofício, no referido delito, importaria “na interpretação do art. 333 de acordo com o art. 317, o que viola o princípio da legalidade ao praticamente dispensar um requisito típico expresso no primeiro” (QUANDT, 2017, p. 60).

pública, ou seja, ambos os tipos penais são praticados em razão da função pública. Há nexos causal entre a oferta e a promessa, bem como entre o recebimento e a aceitação, e a função pública. A função pública é o objeto do negócio ilícito”.

49. Ao tratar do crime de corrupção passiva, Gustavo Quandt (2017, p. 72) defende que a falta de precisão na ideia de venalidade da função e no estabelecimento de um critério econômico na definição do que se deve entender como vantagem indevida se agravaria caso seja abandonado o ato de ofício como objeto de referência. A despeito dessa ressalva, conclui, em sentido similar ao ora sustentado, que a referência ao ato de ofício deve ocorrer no sentido de que a função é a competência para a prática de atos de ofício, e não no sentido de que é necessária a demonstração da venda de um ato de ofício específico e determinado para a configuração da corrupção passiva. Assim, “uma vez admitida a possibilidade conceitual da venda da própria posição de funcionário público, como sujeito apto/vocacionado a produzir atos de ofício, a interpretação do crime de corrupção passiva como mercancia da própria posição de funcionário é perfeitamente defensável”.

Há razões suficientes para refutar esse argumento, tanto do ponto de vista jurídico quanto do semântico.

Juridicamente, não se trata de interpretar um tipo penal a partir do outro, mas sim pela noção de pacto de injusto que é comum a ambos. Mesmo que a textualidade dos elementos normativos aqui analisados fosse unívoca – e não o é –, a interpretação gramatical não seria o único aspecto a ser considerado na atribuição de sentido à norma, mesmo em matéria penal. No caso, o que se busca é uma interpretação que valide os elementos típicos inseridos nos delitos de corrupção (ato de ofício e função) também com os fins das normas (teleologia) e sua posição no contexto normativo (sistematicidade).

Bem entendidos os conceitos de injusto penal e de função pública nos delitos de corrupção, não há que se falar que a dispensa de individualização do ato de ofício nas formas básicas conduziria à anulação de requisito típico. Ora, função pública nada mais é que a aptidão para a prática de um conjunto de atos de ofício, próprios ou impróprios. Assim, função e atos de ofício em potencial (expressão consagrada no julgamento do caso Mensalão) são, em verdade, conceitos muito próximos; o que pode variar é a definição do que se entende por ato de ofício, conforme se adote um viés restritivo ou funcional. Em todo caso, como a função deve ser entendida como a aptidão para a prática de um conjunto de atos de ofício, uma concepção mais ou menos ampla desta última figura afetará tanto a hermenêutica da corrupção passiva quanto a da ativa.

A análise semântica da redação do *caput* do art. 333 do CP somente corrobora o que aqui sustentado. O tipo diz que a vantagem deve ser oferecida ou prometida “para determiná-lo [o funcionário público] a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. A preposição “para”, seguida do verbo “determinar”, não exprime o sentido de individualização (do ato de ofício a ser praticado, omitido ou retardado), mas sim de “explicação, causa ou finalidade, de modo a revelar que o ato de ofício, enquanto manifestação de potestade estatal, existe na corrupção em estado potencial”⁵⁰.

Daí decorrem duas conclusões. Primeiro, como já tranquilamente assentado na doutrina e na jurisprudência, é equivocado exigir a prática, a omissão ou o retardamento de ato de ofício à consumação da corrupção ativa simples (*caput* do art. 333 do CP). Segundo, e aqui está o ponto fundamental, também extrapola o sentido gramatical da norma penal condicionar a configuração do tipo a algum grau necessário de determinação do ato de ofício.

O que o tipo do art. 333, *caput*, do CP, requer, em termos de determinação, é o conteúdo do pacto de injusto – e nada mais. Assim, se o pacto envolveu a oferta ou a promessa de vantagem em razão de um ato de ofício específico (ex.: a emissão de alvará, a expedição de CNH etc.), a descrição e comprovação do pacto pela acusação deverá, necessariamente, individualizar tal ato. Hipótese totalmente diversa ocorrerá quando o ajuste espúrio envolver atos de ofícios indistintos, como no caso da compra da função pública como um todo ou de uma “boa relação” entre particular e funcionário, o que normalmente se dá mediante pagamentos periódicos de propinas. Nessa situação, a descrição e comprovação do pacto pela

50. Voto do Ministro Luiz Fux, acórdão da AP 470/MG, p. 1522.

acusação logicamente prescindirá da individualização de qualquer ato de ofício, seja porque não o exige o tipo penal, seja porque imporia um ônus diabólico à acusação.

10. CONCLUSÃO

A hermenêutica dos elementos típicos da corrupção passiva e ativa foi tradicionalmente formatada a partir do substrato de práticas corruptas no nível burocrático da administração pública, ecoando uma tendência até então existente no direito comparado. Como resultado disso, predominou durante muito tempo uma leitura bastante restritiva dos tipos da corrupção, mediante a atribuição de enfática relevância à figura do ato de ofício – mesmo quando inexistente no tipo penal, como no caso do art. 317, *caput*, do CP.

Do ponto de vista conceitual, o ato de ofício foi inicialmente interpretado como aquele que deveria estar compreendido entre um rol delimitado de atribuições funcionais do servidor público. Além disso, exigiu-se, como pressuposto à configuração típica, que fosse individualizado o ato de ofício empenhado pelo funcionário público em relação à vantagem indevida que lhe foi prometida ou oferecida.

Com o passar do tempo, essas noções restritivas foram colocadas à prova. A revelação de complexos esquemas de corrupção praticados pelos altos detentores de poder político e econômico, notadamente a partir do caso Mensalão, demonstrou que: a) os funcionários públicos, principalmente os pertencentes ao alto escalão da administração, podem praticar uma série de atos como desdobramento das suas funções, não inseridos em qualquer rol de atribuições previamente delimitado; b) esses atos materiais ao alcance dos funcionários públicos podem ser genericamente empenhados em troca de uma vantagem indevida, sem qualquer espécie de prévia individualização.

O aprimoramento do raciocínio hermenêutico sobre os tipos da corrupção conduz ao deslocamento da ênfase até então dada à figura do ato de ofício para a noção de pacto de injusto. O pacto tem por objeto a venalidade do exercício da função pública, ou seja, a combinação entre determinada vantagem indevida e a possibilidade de contraprestação, efetiva ou potencial, pelo funcionário público – mediante a prática de um ou mais atos materialmente vinculados à sua função, não necessariamente determinados no momento do ajuste.

Como ideia de injusto penal subjacente a ambos os delitos, a venalidade do exercício da função pública assume especial vetor hermenêutico dos seus elementos típicos. A partir dela, as expressões “função pública” e “ato de ofício” devem ser interpretadas sistematicamente, servindo ao fim comum de descrição do pacto de injusto. Por consequência, devem ser superadas as exegeses literais que aniquilam o núcleo conceitual dos delitos de corrupção, seja na forma simples da corrupção passiva (que se vale do elemento textual “função pública”), seja na forma simples da corrupção ativa (que se vale da locução “ato de ofício”).

Em ambos os casos, o fundamental à configuração típica consiste na determinação do pacto de injusto, a saber: a mercancia do exercício da função em contrapartida a uma vantagem indevida. A definição dos contornos desse ajuste variará conforme cada caso concreto, dado que pode ocorrer a partir da negociação de um ato de ofício específico ou da própria

função pública como um todo (capacidade para a prática de atos materialmente ao alcance do funcionário público, não previamente determinados).

11. REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. A corrupção de agentes públicos no Brasil: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência. In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. R. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.
- DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam A. *Corruption: what everyone needs to know*. New York: Oxford University Press, 2017.
- FLORES, Melina Castro Montoya. O crime de corrupção e a análise do ato de ofício. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de; ARAS, Vladimir (Orgs.). *Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 541-593.
- GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19-51.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. IV.
- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX – arts. 250 a 361.
- JESUS, Damásio de. *Código Penal anotado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. *E-book*.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. IV [livro eletrônico] – parte especial: arts. 312 ao 361.
- QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APN 470/MG do STF). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 106, p. 181-214, jan.-mar. 2014 [versão eletrônica].

- QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Orgs.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 53-76.
- ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ROTBURG, Robert I. *The corruption cure: how citizens & leaders can combat graft*. Princeton: Princeton University, 2017.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Reflexões pontuais sobre a interpretação do crime de corrupção no Brasil à luz da APn 470/MG. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 47-59, jul. 2013.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. Análise da decisão da APN 470/MG pelo STF referente aos crimes contra a Administração Pública – corrupção passiva e ativa – elementos do tipo penal. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 933, p. 195-206, jul. 2013 [versão eletrônica].
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-corruption glossary. Grand corruption*. Disponível em: [https://transparency.org/glossary/term/grand_corruption]. Acesso em: 24.01.2018.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Anti-corruption glossary. Petty corruption*. Disponível em: [https://transparency.org/glossary/term/petty_corruption]. Acesso em: 24.01.2018.
- VILLAS-BÔAS, Eduardo da Silva. *Corrupción, democracia y derechos humanos: la relación doble*. 2016. Dissertação (Mestrado em Derecho Constitucional) – Universidad de Sevilla, Sevilla, 2016.
-



PESQUISAS DO EDITORIAL



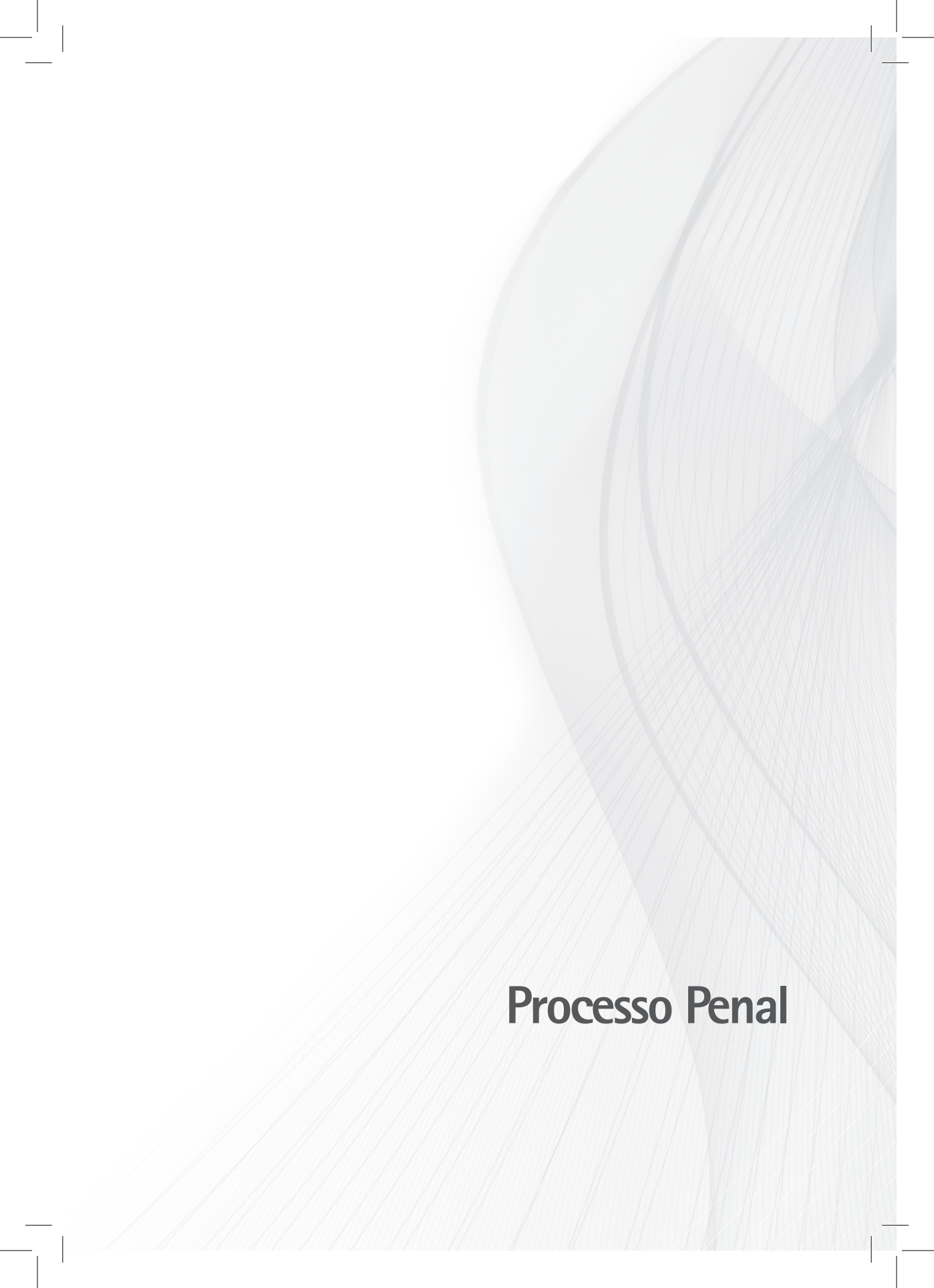
ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

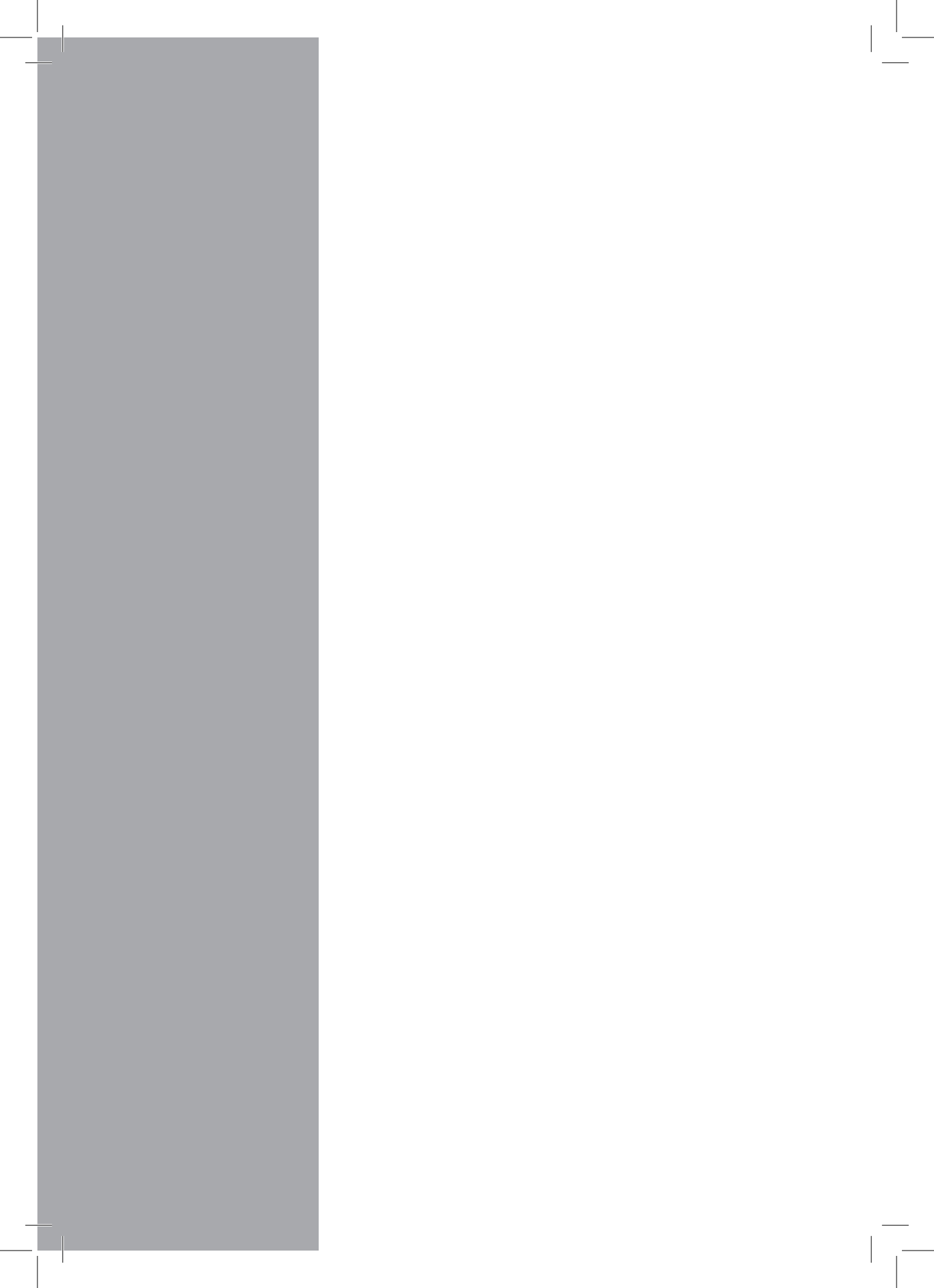
- A (a)tipicidade da corrupção privada no Brasil: instrumentalização dos programas de criminal compliance em alternativa à responsabilidade penal da pessoa jurídica, de Yuri Rangel Sales Feliciano – *RDPEC* 11/71-97;
- A necessária distinção entre concussão e corrupção passiva nos crimes econômicos: os casos que envolvem contratos de particulares com a Administração Pública, de João Paulo Martinelli – *RDPEC* 6/13-32;
- As alterações interpretativas dos tribunais superiores acerca do delito de corrupção passiva e a (des)necessidade do ato de ofício para sua configuração, de Beatriz Daguer e Giovanna Capobianco Chineze – *RDPEC* 6/33-62;
- Acerca dos espaços de atipicidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa: Uma proposta de relação entre o princípio da lesividade e a necessidade de pena como critérios de punibilidade em sentido normativo, de Giuseppe Cammilleri Falco e Fernando Andrade Fernandes – *RBCCrim* 198/41-59;
- Atos de Corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de *bis in idem* de acordo com o precedente europeu, de Beatriz Daguer, Rafael Junior Soares e Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi – *RDPEC* 3/105-134;
- Controle da corrupção na Administração Pública: uma perspectiva através do compliance, de Camila Rodrigues Forigo – *RBCCrim* 153/17-40; e
- Crítica à “teoria do ato indeterminado”: dinheiro e poder na microdinâmica da corrupção-su-orno, de Fernando Teixeira – *RBCCrim* 169/41-80.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Lei 12.846/2013.

The background of the slide is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The lines are more concentrated in the lower right area, where they form a grid-like pattern. The overall effect is modern and sophisticated.

Processo Penal



A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A SUA INSUBMISSÃO AO PRAZO DECADENCIAL DO ARTIGO 38 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

THE SUBSIDIARY PRIVATE CRIMINAL ACTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND ITS SUBMISSION TO THE DECADENCE PERIOD OF ARTICLE 38 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

ANDRÉ NICOLITT

Pós-doutorando pela Universidade da Califórnia – Berkeley. Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, 2003. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Ibccrim. Membro do Instituto Carioca de Criminologia – ICC. Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo – RJ.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5066963398936027>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3857-3838>].
anicolitt@gmail.com

GISELA FRANÇA

Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Professora Substituta de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora da Pós-graduação em Ciências Criminais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professora da Pós-graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal da Universidade Candido Mendes – UCAM CENTRO. Advogada criminal.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9924836045378507>].
ORCID: [<https://orcid.org/0009-0008-4810-9853>].
giselafranca1978@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10042443>].

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: No presente artigo, objetiva-se analisar a não incidência da decadência na ação penal privada subsidiária da pública, ou seja, a não recepção constitucional da parte final do art. 38 do CPP. A pesquisa tem por marco teórico o garantismo penal e logo identifica a ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, merecendo, portanto, especial atenção às técnicas interpretativas que conduzam a sua efetivação. Trata-se de pesquisa dogmática, com emprego das técnicas de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Ação penal privada subsidiária da pública – Decadência – Interpretação constitucional – Atuação do Ministério Público.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyze the non-incidence of the statute of limitations in the private criminal action that is a subsidiary of the public one, that is, the non-constitutional reception of the final part of the art. 38 of the CPP. The research has criminal guaranteeism as its theoretical framework and immediately identifies private criminal action as a subsidiary of the public one as a fundamental right provided for in the 1988 Constitution, therefore deserving special attention to the interpretative techniques that lead to its implementation. This is dogmatic research, using the techniques of bibliographic review and jurisprudence analysis.

KEYWORDS: Private criminal action subsidiary to the public one – Decadence – Constitutional interpretation – Action of the Public Ministry.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ação penal privada: Breve histórico, função e natureza do instituto. 3. A hermenêutica constitucional aplicada à ação privada subsidiária. 4. Ausência de mecanismo legal de controle sobre a remessa do IP ao MP. 5. A decadência é o urso na estação ferroviária – Uma leitura sistemática do art. 38 do CPP e do art. 103 do CP. 6. O STF e a ação penal privada subsidiária da pública. 7. Das possibilidades de atuação do MP nas ações penais privadas subsidiárias da pública. 8. Da não recepção da parte final do art. 38 do CPP pela Constituição de 1988. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar a não incidência do prazo decadencial na ação penal privada subsidiária da pública. A legislação que é anterior à Constituição de 1988 apresenta-se deficiente para reger a questão a partir da lógica constitucional relativamente ao instituto em análise.

A pesquisa se justifica pela possível contribuição concreta para as dinâmicas processuais penais relativamente ao tema, vez que há certo vazio doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto, sendo importante dar relevo à questão, destacadamente pela sua afetação aos direitos fundamentais, ao sistema de controle do poder próprio do Estado Democrático de Direito e por suas implicações práticas no cotidiano forense.

O marco teórico que inspira a pesquisa é o garantismo penal. Trata-se de uma teoria axiológica do direito que tem por preocupação conter o risco da violação dos direitos.

Não afetado por uma ilusão do “poder bom”, exprime uma desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente, aos direitos fundamentais¹. Visto com técnica de tutela dos direitos fundamentais², esta teoria se encontra ancorada na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitarem o poder do Estado soberano³, relativamente a todos os seus órgãos, entre os quais o Ministério Público, titular da ação penal pública.

Metodologicamente, nossa pesquisa é dogmática⁴, vez que verticaliza o tema em torno da legislação constitucional e infraconstitucional. De certo modo, há um olhar a partir do método crítico na medida em que a crítica conduz a uma atividade específica da razão, de fazer discernimentos e juízos e tem a dimensão essencial de denunciar abuso de poder e uma função de contestação e desmistificação⁵. A partir desse olhar, busca-se apresentar uma interpretação não hegemônica e que melhor atenda à leitura do instituto como direito fundamental, por conseguinte, como instrumento de proteção do indivíduo contra abusos do poder estatal, no caso em exame, abuso por omissão. A técnica empregada é basicamente a revisão bibliográfica e análise de jurisprudência.

O artigo está estruturado da seguinte forma. No primeiro momento, apresenta uma nota sobre o histórico, a função e a natureza jurídica da ação privada. Em seguida, trabalha a questão da hermenêutica constitucional aplicável ao cenário legislativo sobre o instituto. Por fim, sistematiza as possibilidades de atuação do Ministério Público na ação penal privada a partir da hermenêutica proposta e da jurisprudência do STF sobre o tema. Ao final, conclui pela inaplicabilidade da decadência na ação penal privada em razão da não recepção constitucional da parte final do art. 38 do CPP.

2. AÇÃO PENAL PRIVADA: BREVE HISTÓRICO, FUNÇÃO E NATUREZA DO INSTITUTO

A ação penal privada surge remotamente nos códigos de processo penal da Áustria (1873), Noruega (1887) e Hungria (1896) como meio de controlar eventual desmazelo do Ministério Público⁶.

No Brasil, o esboço de ação penal privada pode ser visto no procedimento *ex officio* previsto no art. 407, § 3º, do Código Penal de 1890, que dispunha:

1. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*: teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2013. v. I, p. 4-9.
2. Idem.
3. ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 86-87.
4. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154.
5. CLÉMENT, Élisabeth et al. *Dicionário prático de filosofia*. Edição original. Paris: Hatier, 1994; 2. ed. Portuguesa. Lisboa: Terramar. p. 80.
6. ARAÚJO, Vivaldo Jorge de; SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Do trancamento da ação penal subsidiária. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba/Rio de Janeiro/Belo Horizonte, ano V, v. 19, p. 107-114, jul.-set. 1979.

“Art. 407. Haverá lugar a ação penal:

§ 3º Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançáveis, quando não for apresentada a denúncia nos prazos da lei.”

A transferência desse mecanismo de controle de eventuais abusos do Ministério Público por omissão passa das mãos do magistrado para o ofendido ou seu representante legal a partir de 1940, com o Código Penal, reproduzido no CPP de 1941. Este modelo permanece até hoje, porém, com o requinte de ter sido elevado à categoria de Direito Fundamental pela Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;” [...] (grifos nossos.)

Com efeito, de partida, já é possível afirmar que a natureza jurídica da ação penal privada subsidiária da pública é de um direito fundamental⁷, ou seja, trata-se de instrumento de fortalecimento e proteção do indivíduo diante de possibilidade de abuso do Estado, no caso específico, do Ministério Público como órgão do Estado⁸. Nesse sentido, na doutrina, aponta-se para a natureza de *ação constitucional*. *Verbis*:

“a Constituição da República institui, como garantia fundamental, o oferecimento da ação penal privada subsidiária, conforme o disposto no seu art. 5º, LIX. *Com isso, o que ali se previu foi verdadeiro direito de ação – e ação constitucional – ao particular, como instrumento de controle da atuação estatal do Ministério Público.*”⁹ (grifos nossos)

Assim, a ação penal privada subsidiária poderá ser proposta nos crimes de ação pública, incondicionada ou condicionada, nas hipóteses em que o Ministério Público deixar de fazê-lo no prazo legal. Logo, trata-se de exceção, prevista na própria Constituição Federal, à regra da titularidade exclusiva do Ministério Público para a propositura da ação penal pública (CRFB/1988, arts. 5º, LIX, e 129, I). E, possuirá como pressuposto referida inatividade do Ministério Público.

7. DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 742.

8. A finalidade da ação privada subsidiária, conforme descrita por Alimena, é evitar que alguém, ao defrontar-se com um membro do Ministério Público, exclame atemorizado a si próprio: “Ecco degli uomini, che potrebbero lasciare impunito il mio assassino!”.

É a aludida finalidade a de impedir os males defluentes da desídia e da relapsia do Ministério Público. (ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 270-271).

9. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 221.

A partir de tal premissa, impende responder à questão se a ação penal privada subsidiária da pública com seu atual cariz constitucional se submete ao prazo decadencial nos termos do art. 38 do CPP de 1941.

3. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL APLICADA À AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA

O professor e Procurador de Justiça aposentado Afranio Silva Jardim, apreciando tema e fato diversos, porém, essencialmente idênticos ao ora analisado no presente artigo, aplica uma hermenêutica comprometida com a Constituição, demonstrando que regras do direito infraconstitucional, destacadamente as anteriores à Constituição, não podem diminuir garantias constitucionais da pessoa humana. Diz o autor:

“Assim, resta interpretar em que sentido a expressão ‘flagrante’ foi usada pelo Constituinte para permitir a entrada em residência durante o repouso noturno, o que sequer é permitido mesmo com mandado judicial.

Sempre entendemos que a tal permissão só é possível diante de flagrante delito efetivo e real, ou seja, só nas hipóteses previstas no art. 302, inc. I e II, do Código de Processo Penal. [...] Na verdade, as duas últimas hipóteses do citado art. 302 não são flagrante, por isso que o legislador consignou; ‘considera-se em flagrante...’. Assim, *não se pode permitir que o legislador diminua a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ampliando as situações que não são de verdadeiro flagrante para nelas permitir a prisão.*”¹⁰ (grifos nossos)

Em síntese, diz o processualista e membro aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que leis infraconstitucionais não podem restringir direitos fundamentais quando não autorizadas pela própria Constituição. Tal raciocínio nos remete à clássica obra de José Afonso da Silva, na qual classifica as normas constitucionais¹¹.

Ensina o constitucionalista que as normas constitucionais podem ser de eficácia plena, contida e limitada¹². Quanto às normas de eficácia plena aduz que são regras com comando *certo e definido*, predominantemente organizativas e *limitativas dos poderes estatais* e que, desde sua entrada em vigor, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos¹³.

No que se refere às normas de eficácia contida ensina o professor da USP que:

“São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude de eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.”¹⁴

10. JARDIM, Afranio Silva. Tutela constitucional do domicílio. In: CASARA, Rubens (Org.). *Temas para uma perspectiva crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

11. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

12. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 86.

13. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 101.

14. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 104.

O inciso LIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que institui a ação penal privada subsidiária da pública, é uma norma de eficácia plena. Diversamente do inciso VIII do mesmo artigo, que vem a ser uma norma de eficácia contida, uma vez que, ao regular a não privação de direitos por razão de crença religiosa, permite expressamente a lei limitar o direito fixando prestações alternativas. O exercício da ação penal privada subsidiária da pública não pode ser limitado pelo texto infraconstitucional anterior à Constituição, destacadamente, porque a Constituição Federal não prevê tal possibilidade.

O tema atinente às restrições de direitos fundamentais é algo que se discute para além das fronteiras do Brasil.

Quanto à concepção de que os direitos fundamentais não são ilimitados, parece já haver certo consenso¹⁵, e a admissão dos limites remonta tanto ao liberalismo individualista quanto às construções filosóficas dos direitos naturais de inspiração kantiana. Superado esse ponto, o problema residual é discutir os conteúdos e as extensões dessas restrições, bem como distinguir entre elas e as regulamentações, configurações e concretizações.

Doutrinariamente, afirma-se a existência de “três universos de restrições”¹⁶ de direitos fundamentais. Primeiramente, se destacam as restrições feitas diretamente pela Constituição (*restrições diretamente constitucionais*¹⁷); em uma segunda ordem, têm-se as restrições efetuadas por leis infraconstitucionais, uma vez que estas decorrem de expressa autorização constitucional para dispor (restringindo) os direitos fundamentais (restrições indiretamente constitucionais¹⁸ ou reserva de lei restritiva¹⁹). Derradeiramente, fala-se das restrições advindas de leis infraconstitucionais sem autorização expressa na Constituição Federal (restrições não expressamente autorizadas pela Constituição²⁰), que seriam as implicitamente autorizadas pela Constituição em dicção semelhante à de Jorge Miranda²¹.

No caso em exame, a observação sistemática da Constituição não permite extrair qualquer restrição direta do texto constitucional ao exercício do direito fundamental da ação penal privada subsidiária da pública. De igual modo, não se nota qualquer autorização expressa da Constituição para que lei infraconstitucional restrinja esse direito. Por fim, não se vislumbra qualquer autorização imanente do texto constitucional que permita aplicar a decadência como limite ao exercício da ação penal privada subsidiária da pública.

Em linha assemelhada, enfrentando o tema competência, Maria Lúcia Karam, doutrinadora e magistrada aposentada, leciona que normas infraconstitucionais que disciplinam

15. ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 276. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 283.

16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 450.

17. ALEX, Robert. *Teoria...*, cit., p. 286.

18. ALEX, Robert. *Teoria...*, cit., p. 291.

19. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 450.

20. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., p. 450.

21. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 332.

a competência não podem se sobrepor às normas constitucionais que concretizam o direito fundamental traduzido no princípio do juiz natural²².

Com efeito, admitir o prazo do art. 38 do Código de Processo Penal para restringir direito fundamental do art. 5º da Constituição Federal seria aniquilar a força normativa da Constituição na contramão da doutrina constitucional contemporânea.

4. AUSÊNCIA DE MECANISMO LEGAL DE CONTROLE SOBRE A REMESSA DO IP AO MP

É importante registrar que na sistemática do Código de Processo Penal de 1941, não há sequer um mecanismo para que a vítima ou ofendido acompanhe a atuação do MP, vez que não é intimado ou informado sobre o relatório do inquérito e a remessa ao Ministério Público, não havendo qualquer possibilidade de controle sobre sua eventual inércia.

A ausência de mecanismo legal de controle sobre a remessa dos autos ao Ministério Público ao fim e ao cabo impede o ofendido de exercer um direito constitucional traduzido na ação penal privada subsidiária da pública, caso se aplique ao direito fundamental referido a limitação decorrente do instituto da decadência.

Diversamente, com a reforma do processo penal a partir da Lei 13.964/2019, a atuação do Ministério Público passa a sofrer maior controle por parte dos interessados na investigação, já que a decisão de arquivamento deve ser comunicada ao investigado, à vítima e à autoridade policial, conforme dispõe a nova redação do art. 28 e §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal.

Inclusive o novo art. 28-A do CPP, que introduz no ordenamento o ANPP, impõe, em seu § 9º, a necessidade de se comunicar à vítima sobre a homologação ou o descumprimento do ANPP.

A inércia do Ministério Público para o exercício da ação penal é marcada por duas questões:

Primeiramente, trata-se de um abuso por omissão permanente, ao menos até que haja a extinção da punibilidade pela prescrição. O prazo para oferecimento da denúncia não é preclusivo, logo, mesmo depois dos quinze dias do art. 46 do Código de Processo Penal, poderá e deverá o *Parquet* propor a ação penal. Não o fazendo, permanece na inércia o que desafia a ação penal privada subsidiária permanentemente até a ocorrência da prescrição (posição do STF no Inquérito 444).

Em segundo lugar, não há ciência formal às vítimas sobre a remessa do inquérito concluído ao Ministério Público. Desse modo, não há como a vítima exercer um direito do qual sequer sabe de sua existência.

Como parâmetro interpretativo para essa segunda questão há o art. 23 da Lei 12.016/2009 que dispõe que “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, *contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado*” (grifos nossos).

22. KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 67.

NICOLITTI, André; FRANÇA, Gisela. A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 89-105. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042443].

De igual modo, o § 1º do art. 445 do Código Civil associa a contagem do prazo decadencial à ciência pelo interessado, ao afirmar que “Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência”.

Na mesma esteira, nota-se que, no ordenamento jurídico, há relevo *a face subjetiva da teoria da “actio nata”* que, inclusive, pode ser extraída do teor da Súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado *teve ciência inequívoca* da incapacidade laboral.” (grifos nossos)

A leitura que o STJ faz relativamente ao prazo decadencial no campo do direito patrimonial é uníssona. No Informativo STJ 470, temos que:

“Erro médico. Prescrição. Termo a quo. A turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. In casu, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia que se submeteu. *Nesse contexto, consignou-se que o termo a quo da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o Min. Relator, se a parte não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo. Precedente citado: REsp 694.287/RJ, DJ 20.09.2006.*” (BRASIL, 2011.)

O direito deve ser um conjunto harmônico e coerente. Uma vez que no campo dos direitos patrimoniais disponíveis a prescrição e a decadência só operam a partir da ciência da lesão, no campo de um direito fundamental previsto na Constituição da República e em matéria criminal, não poderia ser diferente. Não pode haver decadência sem a ciência inequívoca da inércia do Ministério Público.

O próprio artigo 38 do Código de Processo Penal evidencia a importância da ciência para a fluência da decadência, vez que estabelece, na ação penal privada exclusiva, o termo inicial como a ciência da autoria do delito.

E sabe-se que a interpretação do direito não pode conduzir a conclusões absurdas.

5. A DECADÊNCIA É O URSO NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA – UMA LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 38 DO CPP E DO ART. 103 DO CP

Dispõem os arts. 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal o seguinte:

“CPP – Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, *no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.*” (grifos nossos)

“CP – Art. 103. Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado

do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, *do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia*. (grifos nossos)

Com efeito, há que se fazer uma leitura sistemática da expressão “do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia”.

Para a correta interpretação desses dispositivos, precisamente em relação à expressão destacada, é essencial ter em mente duas premissas básicas:

1. o prazo do art. 46 do CPP não é peremptório, ou seja, o prazo para oferecimento da denúncia não se esgota no marco temporal do art. 46 do Código de Processo Penal, de modo que efetivamente o prazo para o oferecimento da denúncia, havendo justa causa, é o prazo prescricional do delito, ou seja, enquanto não se esgotar o prazo prescricional não se esgota o prazo para a denúncia;

2. a ação penal subsidiária da pública não se orienta exclusivamente pela inércia do Ministério Público para o oferecimento da denúncia, mas também pela ausência de remessa à delegacia para novas diligências ou mesmo em razão da ausência de promoção de arquivamento.

Relativamente a esta última premissa, tendo ingressado o inquérito de réu solto na esfera do Ministério Público, decorridos 15 dias, o *Parquet* promove o inquérito ou a remessa à delegacia, não há que se falar em início de prazo decadencial, vez que é pacífico o entendimento de que a inércia que autoriza a ação subsidiária pressupõe o não oferecimento da denúncia, a não promoção de arquivamento e a não remessa dos autos para novas diligências e, ainda, o não declínio de atribuição.

À luz de tais premissas, é possível concluir que a expressão *do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia*, a partir de uma leitura sistemática e doutrinária, é totalmente incongruente. O fato é que a realidade problematiza o sentido do texto. As imprecisões e imperfeições semânticas da linguagem natural que prendem os conteúdos normativos e descritivos da lei provocam dificuldades incontornáveis no controle do significado dos enunciados legais²³.

Repita-se, aqui, a interpretação do direito não pode conduzir a conclusões absurdas.

Luís Recaséns-Siches²⁴, catedrático na Universidade de Madrid e Professor Emérito da Universidade do México, rejeita o entendimento e a postura tomada pelo dedutivismo, postura essa segundo a qual os casos problemáticos devem ser julgados conforme o suposto grau de adequação às normas substantivas preestabelecidas. Em sua perspectiva, a lógica tradicional é ultrapassada. Referida lógica, também conhecida por lógica formal, com esteio racional matemático, é superada, vez que não possui elementos suficientes para ser utilizada na aplicação do direito, podendo levar a absurdos.

Para ilustrar, Siches se vale de Gustav Radbruch, em seu clássico exemplo do urso na Estação Ferroviária. Conta-se que em uma estação ferroviária existia um cartaz com a seguinte

23. BISOL, Jairo. *O vazio e o inacabável da lei: Para uma teoria fragmentária do direito*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

24. RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

regra: “é proibida a entrada de cães.” Contudo, uma pessoa cega não pôde entrar com seu cão-guia; outro homem tentou entrar com um urso e também foi impedido. Então, houve um conflito, pois o homem que vinha com o urso afirmava que a restrição não se aplicava a ele, já o cego dizia que era um absurdo não poder entrar com seu cão. Aplicando-se uma interpretação baseada na lógica formal para o exemplo exposto, o homem com o urso teria sua entrada franqueada, ao passo que o senhor cego, com seu cão-guia, seria impedido de ingressar na estação. Notem que esse disparate nos convida a uma superação, em alguns casos, da lógica formal para uma lógica do razoável, justamente a proposta do autor referido.

6. O STF E A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

A doutrina e o STF não fizeram uma releitura da ação penal privada subsidiária da pública a partir de sua matriz constitucional. Nesses dois campos, reproduz-se de modo acrítico a diretriz do art. 38 do Código de Processo Penal sem dar conta de questões insolúveis decorrentes desse dispositivo. A saber:

1. Sendo a decadência uma causa de extinção da punibilidade o não exercício da ação penal no prazo de seis meses, pelo ofendido, promoveria a extinção da punibilidade?

2. Como uma ação que é pública, regida pelo princípio da obrigatoriedade, pode sofrer consequência decorrente do princípio oportunidade que é típico da ação penal privada?

Referidas questões dogmáticas não são respondidas por parte da doutrina e da jurisprudência do STF. Salvo uma referência ou outra ao conceito contraditório de “decadência imprópria”, vale referir: “[...] como essa ação penal, em sua essência, é de natureza pública, a decadência do direito de ação penal privada subsidiária da pública não irá produzir a extinção da punibilidade, sendo, por isso, chamada de *decadência imprópria*.”²⁵ (grifos nossos)

Quanto ao ponto dois (princípio da ação privada aplicado à ação pública), o mesmo autor ressalva:

“[...] a *inércia do querelante* nos casos de ação penal privada subsidiária da pública *não produz a extinção da punibilidade*, já que a ação penal, em sua origem, é de natureza pública. De se ver, então, que a ação penal privada subsidiária da pública *não está sujeita ao princípio da disponibilidade*, porquanto, desistindo o querelante de prosseguir com o processo ou abandonando-o, o Ministério Público retomará o processo como parte principal.”²⁶ (grifos nossos)

Sobre este aspecto, ensina Cezar Roberto Bitencourt que a “ação penal não se transforma em privada, mantendo a sua natureza de pública, e, por essa razão, o querelante não pode desistir, renunciar, perdoar ou ensejar a perempção”²⁷.

25. BRASILEIRO, Renato. *Manual de processo penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 349.

26. BRASILEIRO, Renato. Op. cit., p. 350.

27. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 701.

Luiz Regis Prado não destoa²⁸:

“[...] a ação penal, mesmo ante a inércia do Ministério Público, não perde seu caráter público; tanto é que, apresentada a queixa pelo ofendido subsidiariamente à denúncia, não poderá ser concedido perdão, nos termos do artigo 105 do Código Penal, que só o admite nos crimes em que somente se procede mediante queixa. Na hipótese de renúncia, nada impede que o promotor inicie a qualquer tempo a ação penal. Impossível se afigura também a perempção, pelos mesmos motivos que inadmitem o perdão (art. 60, CPP).”

Em sentido semelhante, assevera Aury Lopes Jr. que: “Ainda que tenha essa legitimidade extraordinária, a ação segue as regras da ação penal pública.”²⁹

O melhor tratamento ao tema foi dado pelo STF: sendo a questão constitucional, não era de se estranhar que tenha pautado a análise a partir dessa referência. Nesse sentido, vale transcrever trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes (ARE 859.251 RG/DF):

“Assim, a questão é constitucional. No que se refere à repercussão geral, as ações penais privadas subsidiárias não são numerosas em nosso direito³⁰. No entanto, está em jogo o direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Esse direito foi elevado à qualidade de direito fundamental pela Constituição art. 5º, LIX. Interessa não apenas às partes, mas ao sistema jurídico como um todo, marcar os limites do instituto da ação penal privada subsidiária da pública em casos como o presente. Assim, a questão tem a necessária relevância jurídica para passar pelo controle da repercussão geral.” (grifos nossos)

Prossegue o Ministro:

“Com efeito, o art. 5º, LIX, da CF/1988 confere o direito potestativo de propor ação penal privada no momento em que decorrido o prazo legal para o Ministério Público (art. 129, I, da CF) intentar a ação penal. Se não promovida a ação penal pública no prazo legal, é admitida a ação penal privada, independentemente de ulteriores circunstâncias. Em outras palavras, o texto constitucional não exige a desídia ou culpa por parte do órgão acusador, mas o simples decurso de prazo, independentemente de sua justificativa ou razão, para conferir o direito de propor a ação penal subsidiária. Logo, diligências internas ao Ministério Público, ou outras considerações puramente afetas à instituição, são irrelevantes para efeito do art. 5º, LIX, da CF/1988. Consoante a jurisprudência desta Corte, se decorrido o prazo legal sem oferecimento da denúncia, promoção pelo arquivamento ou sequer pedido de diligência dirigido a outro órgão do sistema de justiça, surge o direito à ação penal subsidiária prevista no mencionado comando legal.”

Neste julgado, preserva-se o direito fundamental contra ulteriores manifestações do Ministério Público, afirmando ser indiferente a promoção de arquivamento posteriormente

28. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 620.

29. LOPES JR., Aury. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.

30. Talvez por tal razão a doutrina e a jurisprudência não se dediquem à atualização do tema.

à propositura da ação subsidiária, bem como a promoção de diligências; atos do *Parquet* não sanam a sua inércia anterior. A partir desse voto, a Corte Suprema do Brasil afirma a seguinte ementa:

“ARE 859.251 RG

Min. Gilmar Mendes

j. 16.04.2015

Ementa: Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Constitucional. Penal e processual penal. 2. Habeas corpus. Intervenção de terceiros. Os querelantes têm legitimidade e interesse para intervir em ação de habeas corpus buscando o trancamento da ação penal privada e recorrer da decisão que concede a ordem. 3. A promoção do arquivamento do inquérito, posterior à propositura da ação penal privada, não afeta o andamento desta. 4. Os fatos, tal como admitidos na instância recorrida, são suficientes para análise da questão constitucional. Provimento do agravo de instrumento, para análise do recurso extraordinário. 5. Direito a mover ação penal privada subsidiária da pública. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Relevância jurídica. Repercussão geral reconhecida. 6. Inquérito policial relatado remetido ao Ministério Público. Ausência de movimentação externa ao Parquet por prazo superior ao legal (art. 46 do Código de Processo Penal). Surgimento do direito potestativo a propor ação penal privada. 7. Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública. 8. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 9. Recurso extraordinário provido, por maioria, para reformar o acórdão recorrido e denegar a ordem de habeas corpus, a fim de que a ação penal privada prossiga, em seus ulteriores termos.”

Com isso, o Tribunal reafirma jurisprudência antiga que ao mesmo tempo reforça que o direito fundamental é *inclemente com a inércia do Ministério Público*. Transcreve-se:

“RHC 68.430

Órgão julgador: 2ª T.

Relator: Min. Paulo Brossard

Julgamento: 24.03.1992

Publicação: 08.05.1992

Ementa: “Habeas Corpus”. Crime de imprensa. Ação penal pública condicionada a representação do ofendido, Desembargador do Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Ação

penal privada subsidiária em face da inércia do Ministério Público, que não pede o arquivamento da representação nem oferece denúncia contra o ofensor, Promotor Público do mesmo Estado, no prazo legal. A lei dá ao Ministério Público, na sua condição de “dominus litis”, as primícias; se ele deixar de atuar no prazo de lei, desveste-se do privilégio legal e ensaja que, em seu lugar, passe a atuar o ofendido. Se, após, o Ministério Público acordar da letargia e pedir o arquivamento da representação, o tempo não retroage em seu favor, para que ele possa fazer o que deixou de fazer tempestivamente, e não desloca o ofendido diligente que substituiu o Ministério Público indolente. Recurso de ‘habeas corpus’, pretendendo o trancamento da ação penal privada subsidiária por já ter o Ministério Público pedido o arquivamento da representação, a que se nega provimento.”

Em outro giro, o Supremo Tribunal Federal também cuidou da questão central do presente estudo, a saber, a inaplicabilidade da decadência, art. 38 do Código de Processo Penal, à ação penal privada subsidiária da pública. Ao examinar o Inquérito 444, cuja querela tinha como personagens um Senador da República e um Ministro de Estado, o *Plenário do STF, por unanimidade*, rechaçou a aplicação da decadência à ação penal privada.

Nos referidos autos, consta Parecer da lavra do então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira, que assim escreveu:

“Nem se diga que a ação penal privada subsidiária deve ser exercida no mesmo tempo exigido para a ação penal exclusivamente privada.

A inércia do Ministério Público justifica o oferecimento de queixa subsidiária pelo ofendido, até que ocorra a prescrição, já que não se trata de ação exclusivamente privada, mas pública, não havendo previsão legal de prazo decadencial para que aquela seja oferecida.” (grifos nossos)

Por conseguinte, à unanimidade, o Tribunal Pleno proclamou (STF, Inquérito 444/DF, TP, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06.04.1990, DJ 11.05.1990):

“Ementa: Queixa-crime subsidiária. Inércia do Ministério Público, após representação do ofendido para a promoção da ação penal pública. Cabimento. Decadência. Ação penal pública subsidiária. Inocorrência. Injúria. Ocorrência em tese de crime a ser apurado no curso da ação penal. Recebimento da queixa-crime.”

Não à toa esse entendimento vem ecoando em outros tribunais, vale referir:

“Processual penal – Recurso em sentido estrito – Queixa-crime – Ação pública subsidiária – Ministério Público – Inércia – Possibilidade – Corte Suprema – Precedentes jurisprudenciais. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento similar, entendeu que a omissão do ministério público federal, provocado oportuna e previamente para instaurar a ação penal por meio de representação, justifica o recebimento da queixa-crime subsidiária oferecida pelo ofendido já que, em se caracterizando como ação penal privada subsidiária não ocorreu a decadência. Omitindo-se o órgão ministerial em ofertar denúncia, requerer diligências ou requerer o arquivamento, como é o caso, exsurge o direito do particular legitimado para a causa dar início à ação penal subsidiária. Recurso provido.” (TRF-5ª Região, RCr 317 (Processo: 9905489959), rel. Juiz Castro Meira, j. 23.03.2000.)

O caminho indicado pelo STF, indubitavelmente, é o que melhor exprime a efetividade dos direitos fundamentais, a ideia republicana e democrática de controle do poder, reforçando, ainda, o conceito de supremacia da Constituição, colocando a norma constitucional em prevalência relativamente às normas infraconstitucionais; diga-se de passagem, norma essa absolutamente anacrônica e incongruente.

7. DAS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO MP NAS AÇÕES PENAIS PRIVADAS SUBSIDIÁRIAS DA PÚBLICA

Ao que se refere “atuação do Ministério Público na ação penal privada subsidiária da pública, o art. 29 do CPP é categórico:

“Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

O Ministério Público atua como assistente litisconsorcial ou como interveniente adesivo obrigatório (ou parte adjunta)³¹. O limite da atuação do MP é de aditar a queixa, repudiá-la oferecendo denúncia substitutiva e intervir em todos os atos do processo. Nessa trilha, entre as duas vírgulas, encontra-se a palavra “repudiá-la” ligada a “oferecer denúncia substitutiva” mediante uma conjunção aditiva “e”, ou seja, o texto estabelece uma relação de soma (repudiar + oferecer denúncia substitutiva). A interpretação dirigida pela própria gramática indica que não pode haver o simples repúdio, contudo, este necessariamente deve vir acompanhado da denúncia substitutiva. Nesse sentido a doutrina é categórica:

[...] pode o Ministério Público *repudiar a queixa-crime subsidiária, desde que o faça até o recebimento da peça acusatória, apontando, fundamentadamente, que não houve inércia de sua parte*. Nessa hipótese, *prevalece o entendimento de que o Ministério Público se vê obrigado a oferecer denúncia substitutiva*. Uma vez oferecida a queixa subsidiária, *não pode o Ministério Público repudiá-la e requerer o arquivamento do inquérito policial*. De fato, fosse possível ao Parquet *repudiar a queixa subsidiária e nada fazer, tornar-se-ia cláusula morta o dispositivo constitucional do art. 5º, inciso LIX.*³² (grifos nossos)

Com efeito, o art. 29 do Código de Processo Penal não abre espaço para o Ministério Público reforçar os resultados de sua posição de inércia. Ao contrário, determina a mudança de postura (oferecimento da denúncia substitutiva, aditamento ou acompanhamento).

31. BRASILEIRO, Renato. Op. cit., p. 349.

32. Idem.

8. DA NÃO RECEPÇÃO DA PARTE FINAL DO ART. 38 DO CPP PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Depois de lançar os olhos sobre o panorama doutrinário, normativo e jurisprudencial, com o escopo de uma interpretação capaz de oferecer solução prática compatível com a Constituição, é possível notar que, embora haja certa convergência de parte da doutrina com a jurisprudência do STF no sentido de que não incide a decadência na ação penal privada, nos diversos campos analisados, não ficou expressa a razão pela qual resulta a inaplicação da decadência. No entanto, Marcos Paulo Dutra Santos³³, dando relevo à posição doutrinária não unânime³⁴, é categórico ao definir juridicamente o fenômeno. Sustenta o professor que a segunda parte do art. 38 do CPP é incompatível com o inciso LIX, do art. 5º, da Constituição, sendo, portanto, hipótese clara de não recepção constitucional do dispositivo que lhe é anterior, o que alguns tratam, de modo indistinto, como inconstitucionalidade.

9. CONCLUSÃO

Com esteio nos aspectos jurídicos doutrinários e jurisprudenciais apontados supra, conclui-se que:

1. o instituto da decadência é inaplicável à ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que essa em sua essência é pública. Com efeito, enquanto não ocorrer a prescrição, diante da persistência da inércia ministerial, estará o ofendido ou seu representante legal, autorizado a oferecer a queixa-crime subsidiária;
2. a não aplicação da decadência na ação penal privada subsidiária decorre da não recepção constitucional (ou inconstitucionalidade para outros) da parte final do art. 38 do CPP, por ser incompatível com o inciso LIX, do art. 5º da CRF/1988;
3. ademais, por força do princípio da obrigatoriedade e da posição do STF no ARE 859.251, uma vez proposta ação penal privada subsidiária da pública, não há espaço para o Ministério Público sustentar a aplicação da decadência, tampouco promover o arquivamento do inquérito;
4. à luz do art. 29 do Código de Processo Penal, uma vez oferecida a denúncia, somente caberá ao Ministério Público três caminhos: a) aditar; b) denunciar substitutivamente; e c) acompanhar intervindo nos atos do processo.

33. DUTRA, Marcos Paulo Santos. Da inconstitucionalidade do prazo decadencial referente à ação penal privada subsidiária da pública. In: SANCHES, Juliana et al. *Processo e justiça na contemporaneidade*. Estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. p. 371.

34. O estudo realizado pelo referido professor Marcos Paulo, tem como ponto de inspiração posição defendida em: NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 343. O estudo do referido professor, além do exame detalhado do tema, tem o mérito de precisar a definição jurídica para a inaplicabilidade da decadência no caso da ação penal privada subsidiária, indicando a não recepção constitucional (ou inconstitucionalidade).

10. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ARAÚJO, Vivaldo Jorge de; SIQUEIRA, Geraldo Batista de. Do trancamento da ação penal subsidiária. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba/Rio de Janeiro/Belo Horizonte, ano V, v. 19, p. 107-114, jul.-set. 1979.
- BISOL, Jairo. O vazio e o inacabável da lei: Para uma teoria fragmentária do direito. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1 – Parte geral.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASILEIRO, Renato. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÉMENT, Élisabeth et al. *Dicionário prático de filosofia*. Edição original. Paris: Hatier, 1994; 2. ed. Portuguesa. Lisboa: Terramar, 1999.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal – Parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2013.
- JARDIM, Afranio Silva. Tutela constitucional do domicílio. In: CASARA, Rubens (Org.). *Temas para uma perspectiva crítica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- LOPES JR., Aury. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- RECASÉNS-SICHES, Luís. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANCHES, Juliana et al. *Processo e justiça na contemporaneidade. Estudos em homenagem aos 50 anos do professor André Nicolitt*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ação penal decadência do direito de queixa – Pretendida não ocorrência, por se tratar de crime permanente – Inaplicabilidade do art. 111, letra “c”, do Código Penal – Punibilidade extinta. Propriedade industrial uso indevido de nome comercial alheio – Distinção do crime de concorrência desleal – Inteligência dos arts. 196 do Código Penal e 176 do Código da Propriedade Industrial, de Basileu Garcia – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/345-355;
- Ação penal privada subsidiária: origem, evolução e efeitos de sua extinção, em perspectiva, no campo da desídia funcional do Ministério Público no direito brasileiro, de Dirceu de Mello – *RePro* 2/207-213 – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/1037-1047;
- Ação privada subsidiária (O democrático: um princípio fundamental do processo penal que nossos dias esquecem.), de Roberto Joacir Grassi – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/1205-1275;
- Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, de Agnelo Amorim Filho – *RDCC* 7/343-375; e
- Decadência no crime permanente e no crime continuado, de Basileu Garcia – *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 5/383-389.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJ/SC, ApCrim 2014.089850-1, j. 01.12.2015, *DJe* 01.12.2015.

A DIMENSÃO PROBATÓRIA DO CONTRADITÓRIO COMO UM INSTRUMENTO DE CONTROLE EPISTÊMICO

THE PROBATIVE DIMENSION OF THE CONTRADICTION AS AN INSTRUMENT OF EPISTEMIC CONTROL

LUÍS GUSTAVO DURIGON

Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS (2016). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2009) e Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004). Professor Adjunto I do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Lattes: [lattes.cnpq.br/7014542059521058]. ORCID: [orcid.org/0000-0001-6667-5690]. durigon.lgustavo@ufsm.br

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042419].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 25.07.2023

Última versão do autor: 29.09.2023

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo estabelecer algumas reflexões decorrentes dos fluxos e influxos que se estabelecem no seio da situação jurídica processual entre os atos de prova e o contraditório, visando contribuir com a devida decisão penal de cunho eminentemente constitucional. A problemática levantada questiona até que ponto o contraditório, desde que potencializado e circunscrito à sua matriz não civilista, pode servir como um instrumento de controle epistêmico dos elementos probatórios aptos a serem valorados em sede decisória. A hipótese investigada indica que essa função filtrante pode e deve ser exercida por um dos princípios fundantes do processo, expulsando para longe do sistema processual aquilo que não

ABSTRACT: The present research aims to establish some reflections arising from the flows and influxes that are established within the procedural legal situation between acts of evidence and the contradictory, aiming to contribute to the due criminal decision of an eminently constitutional nature. The issue raised questions the extent to which the contradictory, as long as it is enhanced and limited to its non-civilist matrix, can serve as an instrument of epistemic control of the evidentiary elements capable of being valued in decision-making. The hypothesis investigated indicates that this filtering function can and should be exercised by one of the founding principles of the process, expelling away from the procedural system that which has not achieved

observou sua máxima potência, como forma de aprimoramento do sistema acusatório. Para tanto, adotou-se um método de abordagem hipotético-dedutivo, pautando a técnica de pesquisa pelo tipo bibliográfico e exploratório.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório – Controle epistêmico – Prova.

its maximum power, as a way of improving the accusatory system. To this end, a hypothetical-deductive approach method was adopted, basing the research technique on a bibliographic and exploratory type.

KEYWORDS: Contradictory – Epistemic control – Proof.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Formação da prova e contraditório. 2.1. O estéril confronto verdade versus contraditório. 2.2. Notas sobre a verdade & o processo penal. 2.3. O mito da revelação. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A temática do presente artigo está calcada nas interrelações que se estabelecem entre a formação da prova e o contraditório no seio da situação jurídica¹ processual penal, caracterizada pela presença de chances, riscos e incertezas, calcadas em uma dinâmica policêntrica, em respeito aos atores processuais enquanto sujeitos de direitos, sobretudo o sujeito passivo destinatário da carga repressiva, não raras vezes, de forma antecipada, procurando refletir a produção desta equação valorativa e hermenêutica para o universo decisório².

Nesse universo complexo que se insere a situação jurídica processual, é possível auferir que a verdade continua a ser um tema desafiador, conquanto revelador do modo inquisitivo, sendo pertinente desmistificar ela no seio da prova – e seu alcance – bem como sua relação com o contraditório.

Assim, o problema de pesquisa circunda-se sobre a possibilidade do contraditório – desde que utilizado em sua máxima potência a partir de sua matriz processual penal e como um elemento fundante da dúvida – servir como um instrumento de controle epistêmico das diversas variantes probatórias que se inserem no universo valorativo da devida decisão penal, ao passo que a hipótese é que somente ele ou preferencialmente ele – o *contraditório* – é quem pode exercer essa função, em fortalecimento inclusive de princípios fundantes outros do processo penal, tais como, entre outros, a imparcialidade do julgador e a presunção da inocência.

Aprimora, de igual sorte, o sistema acusatório e recoloca a “verdade” no seu devido lugar.

1. Sustentada por James Goldschmidt, mais adequada a complexidade do processo penal (GOLDSCHMIDT, 1935, p. 71). Ver no mesmo sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal...* Op. cit., p. 6 e DURIGON, Luís Gustavo. *A situação jurídica processual...* Op. cit. p. 277.
2. A presente investigação não se debruça sobre a decisão penal em si, tendo em vista a complexidade de sua dimensão, merecedora de outro ensaio. De qualquer sorte, lança os primeiros reflexos comunicativos com a questão decisória penal, na medida em que ela deve ser um produto do contraditório epistemologicamente construído na constitucionalidade e na convencionalidade.

Não pode a verdade continuar a ser utilizada como a finalidade exclusiva do processo, daí porque o contraditório assume função primordial para a tomada da decisão penal e eliminação do sistema processual – *acusatório* – daquilo que não pode ser valorado, sobretudo em termos condenatórios.

Assim, a presente investigação está estruturada em alguns tópicos, tais como: (i) a formação da prova em contraditório; (ii) o estéril confronto entre a verdade *versus* contraditório; (iii) notas sobre a verdade e o processo penal; e (iv) o mito da revelação.

Para tanto, adotou-se um método de abordagem hipotético-dedutivo, pautando a técnica de pesquisa pelo tipo bibliográfico e exploratório, por meio de consulta a obras de autores nacionais e internacionais a respeito da temática.

É sobre estas questões que o artigo está alicerçado, naturalmente, sem a pretensão totalitarista, eis que inserido na epistemologia da incerteza, o que não significa que não pretenda contribuir, em alguma medida, com o avanço da processualística penal brasileira, notadamente com ênfase na função de destaque que o contraditório ainda necessita ocupar, como forma de repulsa das novas e perenes matrizes inquisitivas, inclusive as de natureza tecnológica³.

2. FORMAÇÃO DA PROVA E CONTRADITÓRIO

Fundamental para esta investigação é observar algumas relações que se estabelecem entre o contraditório e o procedimento da formação da prova. Não se tem a preocupação, ao menos nesse momento, em esmiuçar todos os meios de prova, mas sim de estabelecer algumas premissas necessárias para a boa constitucionalidade e oxigenação democrática do processo penal brasileiro.

Tamanha é a importância desse eixo processual, que a prova é o elemento balizador ou não da condenação, daí porque aqui se aloja um dos maiores pontos de tensão entre o contraditório e a prova, pois se ela é um dos pontos cruciais do processo penal, o contraditório também constitui um dos núcleos centrais da processualística.

Não é por acaso que a prova é elemento formador do devido processo penal, possuindo ampla aderência constitucional e convencional⁴. A sua moldura está intimamente ligada à

3. A inserção da tecnologia no seio do processo penal brasileiro também é uma questão que demanda outra investigação, mas que nem por isso pode ser ignorada neste ensaio, tendo em vista que está produzindo novas dinâmicas, por exemplo, no campo das *provas digitais* e seu confronto com os direitos fundamentais, gerando desafios outros que certamente demandarão uma nova forma de atuação do contraditório (contraditório tecnológico).

4. Conforme se observa pela análise do artigo 14.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que determina que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação”, e no artigo 8.2, f, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece como garantia para a defesa inquirir as testemunhas presentes no

estrutura contraditória, na medida em que o texto constitucional declara que aos *acusados em geral*⁵ são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, vedada, é claro, a utilização de provas ilícitas.

No atual CPP recheado de reformas paradoxais, as disposições gerais em relação à prova estão expressas nos artigos 155 a 157, sendo que, em artigos subsequentes, existe a regulação específica em relação aos meios de prova, além de disciplinas outras contidas na legislação especial, tal como a Lei das interceptações telefônicas, sem esquecer das *provas digitais*⁶.

Ainda assim, pela primeira vez (2008)⁷ o diploma processual contemplou o contraditório no plano ordinário, mas sua inserção não diminuiu a problemática autoritária, pois o sistema continua a permitir a contaminação do processo pelo inquérito policial⁸.

Conquanto a norma orientadora infraconstitucional preconize, em outras palavras, que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, dando ênfase ao procedimento e à formação da prova em contraditório, isso não foi o suficiente para impedir os ranços autoritários do sistema, tal como advertem os autores a seguir citados:

“Com a reforma de 2008, que renovou o art. 155 do Código de Processo Penal, grave problema se instalou. Por um lado, vedou a possibilidade de o juiz formar seu convencimento *exclusivamente* nos autos do inquérito policial, como de fato tem assentado o STJ. O problema se encontra no termo *exclusivamente*. Esse dispositivo tem servido para alimentar uma prática já antiga de cotejar os elementos do inquérito policial com os demais elementos coligidos durante a instrução criminal, o que tem como resultado uma prática inquisitorial degenerada, na qual o contraditório judicializado apenas reforça a persecução penal alheia às garantias fundamentais do sujeito e permitindo as mais graves violações aos direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, parece-nos que a alteração do CPP de 2008 apenas serviu como processo de legitimação daquela prática deteriorada e autoritária, ao contrário de coibi-la” (LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, 2013, p. 303-304).

Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.

5. A “doutrina e a jurisprudência majoritária” insistem em não reconhecer a pessoa humana, por exemplo, em uma prisão em flagrante/midiática ou em um indiciamento, como um “acusado em geral”, impossibilitando a incidência de um *contraditório mínimo* nesta fase investigativa (ainda que se possa requerer diligências, cuja pertinência é analisada sem reserva de jurisdição, impetrar Habeas Corpus ou Mandado de Segurança em matéria criminal, a depender da necessidade de impugnação, oferecer razões e quesitos conforme faculta o Estatuto da OAB, mas ainda sem “eco” nos Tribunais, entre outras questões). O fortalecimento desse espaço “defensivo” nesta fase embrionária poderá contribuir com as hipóteses de rejeição da denúncia tão esquecidas, minimizando, consequentemente, a problemática não rara do seu recebimento automatizado.
6. Ver neste sentido, Bernardo de Azevedo e Souza em *Manual prático das provas digitais*.
7. Marco temporal recente se levado em consideração o texto constitucional.
8. Nem mesmo a forma como foram julgadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305), ao tratar do juiz das garantias, ainda que tenha sido um avanço em termos constitucionais e democráticos, parece ter solucionado de forma definitiva este problema.

Na formação da prova, estamos diante de um direito fundamental que só existe se estiver intimamente conectado, instrumentalmente, ao contraditório. Direito à prova, e não direito de busca à verdade em todas as dimensões inquisitoriais. Em outras palavras, não há prova sem contraditório:

“Sem a possibilidade do contraditório não há que se falar em prova no processo, pois nele há de ser verificada e criticamente apreciada, desvinculando-se da unilateralidade de uma das partes, enraizando-se no processo, cujo espaço de argumentação é uma potencialidade exigida à prestação da tutela judicial efetiva. *O que estiver fora do contraditório não é prova*, permanecendo na esfera dos atos de investigação, ressalvados os casos legalmente autorizados, de forma excepcional. *É na formação da prova que o contraditório, como participação dos destinatários de seus efeitos, mormente o acusado, ganha relevância*” (GIACOMOLLI, 2015, p. 174-175). (Grifos nossos).

Não por acaso a prova é o nono axioma do sistema de garantias (SG) de Ferrajoli – *nulla accusatio sine probatione*, sendo que o processo somente poderá ser julgado se observado – *em toda a sua estrutura temporal* – a presença do contraditório. E esse julgamento deve observar necessariamente aquilo que o contraditório produziu, bem como a possibilidade da contraprova (FERRAJOLI, 2002, p. 121).

Importante é que o julgamento seja circunscrito aos atos de prova⁹ e refute os elementos apontados pelos atos de investigação, pois estes últimos já serviram a formação da imputação (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 194).

Neste sentido, “os atos de prova são aqueles que procuram alcançar o convencimento psicológico do julgador sobre a existência ou inexistência dos dados que abarcam no processo” (GUEVARA, 1992, p. 77). Para o professor da Universidade de Sevilha, melhor seria se os atos de prova fossem praticados em um juízo oral, com aplicação dos princípios da publicidade, imediação, contraditório e igualdade processual dos meios probatórios. Somente com a observância de tal base principiológica é que a presunção da inocência pode ser preservada.

No Brasil, Lopes Júnior foi quem sistematizou os atos de prova da seguinte forma:

“(i) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade¹⁰ de uma afirmação; (ii) estão a serviço do processo e integram o processo penal; (iii) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; (iv) servem a sentença; (v) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; (vi) são praticados ante um juiz que julgará o processo” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 194).

9. A expressão é de Aury Lopes Júnior.

10. O autor faz a ressalva que a aceitação da verdade formal neste tópico é decorrente tão somente da necessidade de dialogar com tais categorias, eis que ainda constitui a corrente predominante, inclusive na mentalidade dos sujeitos, processuais ou não. Isso não significa que esteja a concordar com sua existência.

Todos estes atos que permeiam o processo quando em atuação os meios de prova devem ser produzidos em contraditório e exigem, para fins condenatórios, a existência de certeza – *para além da dúvida* – sob pena de se prestarem para fins outros (imputações, medidas cautelares etc.) e não o provimento final, conforme já tivemos oportunidade de destacar:

“Acreditamos que essa problemática poderia começar a ser minimizada por uma leitura constitucional do instituto da *dúvida*, visto que ela muito interessa as ambições do contraditório maximamente potencializado. Uma leitura constitucional do instituto da dúvida implode com a possibilidade de sua arguição em favor da sociedade e a mantém única e exclusivamente em favor do réu. E isso naturalmente incomoda as instâncias punitivas e a tradição dogmática brasileira, que não abrem mão dos ranços de inquisitorialidade que o sistema processual penal ainda mantém” (DURIGON, 2021, p. 90-91).

A validade do provimento depende da observância do contraditório em todo o procedimento, o que é muito mais importante do que pretender legitimar a decisão penal em cima de uma “verdade” cujas pretensões não raras vezes são de ordem obscurantista, tornando-se inevitável a realização de um confronto.

2.1. O estéril confronto verdade versus contraditório

Eis aqui outro problema do qual o contraditório não pode se furtar. Isso porque, na medida em que a prova pretende convencer o juiz da “verdade”, o contraditório, nessa perspectiva, implicaria, em alguma medida, em estabelecer a “negação dela”. E isso, sabe-se, é algo intangível, pois significa negar o inalcançável, no mínimo, em termos filosóficos¹¹.

Outra questão que merece nossa reflexão se refere ao fato do contraditório não ficar “a serviço do processo”, o que implicaria uma posição de submissão, um adestramento feito pelo sistema jurídico e suas ambições de poder (LEGENDRE, 1983, p. 34).

Nesse sentido, é o processo que precisa ficar “a serviço do contraditório”, como um dos caminhos essenciais, indisponíveis e de aperfeiçoamento do sistema acusatório.

O fato de os atos de prova serem os elementos determinantes da sentença coloca o contraditório em boa rota de órbita na relação/situação processual policêntrica, atribuindo-lhe máxima importância, fazendo com que o contraditório assuma uma função determinante, a ponto de ser concebida sua *dimensão probatória*.

Ao considerar que o processo penal é uma máquina retrospectiva que busca a aproximação a um determinado fato histórico, não repetível e diretamente não conhecido, é fundamental que no momento probatório o contraditório – *partindo de um grau zero de escalonamento* – assuma uma feição mais incisiva e indispensável para que se efetive a devida decisão penal com legitimidade constitucional e democrática, seja ela qual for.

É na *prova*¹² que o *contraditório* deverá assumir uma potencialidade maior até que se idealize a devida decisão penal, ou, em outras palavras, para que ela tenha uma maior

11. Esta investigação estabelece, apenas, alguns pontos de toque com os aportes filosóficos.

12. O direito à prova (*right to evidence*) está previsto tanto no plano da convencionalidade (art. 14.3, “e”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e artigo 8.2, “f”, da Convenção Americana

credibilidade constitucional. Essa reconstrução histórica é perseguida – respeitada a imparcialidade – mediante os meios lícitos que justificam encontrar o *thema probandum*.

O resultado dessa persecução probatória, que deve ser calcada pela inatividade e ignorância do juiz, gera os elementos de prova, que nada mais são do que a diferença de uma operação contraditória. Somente o que for resultado dessa equação é que pode ser valorado na decisão.

Fundamental, pois, que esse filamento fique bem circunscrito até o final da instrução processual, contribuindo para um maior controle das partes sobre o livre convencimento motivado que, notadamente em matéria processual penal, não pode ser resultado de valorações arbitrárias e veladamente subjetivas, notadamente pela superação do paradigma da consciência¹³.

Assim, faz-se necessária uma atuação direta – *não formal* – do contraditório, depois de proposta a prova, *enquanto elemento filtrante prévio à decisão penal*, devendo ser ofertada a oportunidade processual (GIACOMOLLI, 2015, p. 173).

Toda a sequência dos atos processuais penais produzidos em contraditório, majoritariamente e culturalmente, estão voltados para a busca da verdade, sendo necessário realizar um primeiro descolamento dessa ideia, visto que, historicamente, em matéria processual penal, ela tem sido arbitrária e desmedida, possibilitando que os atos de prova adquiram a sua dimensão constitucional contraditória esperada em um sistema acusatório.

Ao denunciar o problema da verdade real, Lopes Júnior (2013, p. 304) afirma que se trata de “uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”.

Trata-se de redimensionar a finalidade da prova, que não deveria ser outra a não ser oportunizar ao juiz uma redução das hipóteses acusatórias e defensivas a partir daquilo que denominamos *equação contraditória*. Esse descolamento é necessário porque, a partir dos autores clássicos¹⁴ como *Malatesta*¹⁵ em sua lógica das provas em matéria criminal, a teoria

de Direitos Humanos), quanto no plano constitucional (art. 5º, LV), aonde também se encontra a sua própria limitação (art. 5º, LVI). No plano ordinário, encontramos sua previsão nos artigos 155 e seguintes do CPP. Ver nesse sentido, GIACOMOLLI, 2015, p. 172.

13. Conforme refere Streck, “a viragem ontológica-linguística é o raiair da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofânico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm a mão”. STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 16.
14. Jeremías Bentham (1959, p. 61-66), também, dá uma dimensão central à verdade, na sua obra *Tratado de Las Pruebas Judiciales*. Para o autor, ao analisar a prova testemunhal, “*la verdad se ofrece por sí misma y se viene a los labios del testigo*”, podendo, em alguns casos, existir exceções que justifiquem esse desvio, relacionadas a *deveres* (casos em que a verdade poderia produzir um dano). Afora isso, para o autor, *la veracidad constituye una obligación estricta*.
15. Mesmo Malatesta, considerado um dos clássicos em matéria de prova, escreveu a lógica das provas em matéria criminal amparado na busca da verdade. Não por acaso, a primeira parte de seu livro,

DURIGON, Luís Gustavo. A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 200. ano 32. p. 107-123. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042419].

da prova no processo penal continua calcada na ideia da busca da verdade¹⁶, a partir do que se perpetuaram (e ainda se perpetuam) autoritarismos e ativismos judiciais de toda ordem.

Em uma só frase: não há como contraditar o inatingível, daí porque é preciso refletir sobre a o papel da verdade no processo penal brasileiro.

2.2. Notas sobre a verdade & o processo penal

Refletir sobre a questão da verdade no seio do processo penal é uma das tarefas mais complexas e difíceis a ser enfrentada pela dogmática processual, notadamente porque o núcleo inicial da questão remete aos aportes de natureza filosófica – *como também a hermenêutica* – outorgando múltiplas concepções, próprias do paradigma da incerteza.

Existe, pois, um caráter inesgotável da questão.

Por isso, não é pretensão desta investigação esgotar a matéria, mas, sim, estabelecer alguns pontos de conexões com o processo penal brasileiro, levando-se em consideração o sistema acusatório, sobretudo, em seu eixo probatório quando em atuação o contraditório, conforme já tivemos oportunidade de observar.

Nesta perspectiva, um dos autores que trazem esta discussão para a seara processual – partindo originariamente das concepções do processo civil – é Michele Taruffo, professor Catedrático da Universidade de Pavia/Itália e um dos grandes nomes mundiais do tema probatório¹⁷.

Em seu realismo crítico, partindo da importância do ano de 1215 como um marco indireto de uma série de Constituições a partir da *Magna Charta Libertatum* e o “fim” dos ordálios, após discorrer sobre as narrativas como um dos temas mais difundidos na pós-modernidade, ao dizer que as *narrative turn* tornaram-se uma espécie de lugar comum

dedica-se ao *Estado da alma relativamente ao conhecimento da verdade*. Muito embora o autor faça referência à “crença da posse da verdade”, acredita ser possível chegar a ela de diversas formas, cujos limites de nosso recorte investigativo não nos permite detalhar. Em matéria criminal, aduz o autor que o *raciocínio, instrumento universal da reflexão, é a primeira e mais importante fonte de certeza em matéria criminal*, dando especial atenção, na busca da verdade pela inteligência, não a tratando como algo inalcançável, mas como algo próprio do ser humano e suas construções e reflexões intelectivas. Ver, nesse sentido, MALATESTA, 2001, p. 23-69. Tanto isso é assim para Malatesta, que a prova pode ser conceituada como “[...] o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, como à probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza” (MALATESTA, 2001, p. 87).

16. Como refere o autor português ao tratar o lugar da verdade no processo penal. Segundo o professor da Universidade de Coimbra, “[...] o problema basilar da verdade tem que ver com a desproporcionalidade do seu lugar canônico e não com a utilidade das competências que ela assegura, é a partir de uma definição do seu lugar em moldes pura e simplesmente profanos que pode produzir-se uma brecha de tomo no respectivo orgulho histórico”. MARTINS CUNHA, Rui Cunha. Op. cit., p. 77.
17. Ver neste sentido, *La prueba de los Hechos*. Neste artigo, serão utilizados alguns aportes de outra obra, qual seja, *O juiz e a reconstrução dos fatos*.

mesmo nos discursos relativos às provas e ao processo, o autor italiano¹⁸ lança suas notas sobre a verdade no processo.

Aduzindo que a “embriaguez pós-moderna” deixou de lado a questão da verdade, juntamente com a razão, a história e o conhecimento, considerando-a como um instrumento superado, Taruffo pretende recolocar a verdade no centro das atenções, ao aduzir que, “não obstante as dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perseguições e digna de ser cultivada por si mesma” (TARUFFO, p. 102).

Em alguma medida, Taruffo também critica esse abandono desenfreado da verdade e passa a sustentar que a mesma é sim o objeto do processo, não se referindo expressamente ao processo penal que, na esteira de Lopes Júnior, na nossa perspectiva com razão, deve ser entendido a partir de suas próprias categorias¹⁹.

No caso do processo penal brasileiro, esta problemática é potencializada se levado em conta a forma como é produzida a prova testemunhal, no mais das vezes calcada em depoimentos de policiais, comprometidos, é possível aduzir, com a legitimidade do seu ato, notadamente nos casos que envolvem prisão em flagrante.

De qualquer sorte, o autor italiano coloca o juiz como um protagonista processual, aceitando algumas incursões persecutórias em busca da descoberta da verdade, o que é historicamente problemático em matéria processual penal, não só do ponto de vista histórico quanto contemporâneo²⁰. Para o processualista italiano:

“É óbvio que se um sujeito empenha-se para a descoberta da verdade de um fato deve poder utilizar todas as possibilidades de que dispõe para colher e selecionar as informações necessárias. Seria inútil perguntar se um historiador pode ou não (deve ou não) buscar as fontes com base nas quais possa fazer seu trabalho de reconstrução de um fato; seria igualmente inútil perguntar se um cientista tem ou não o direito de desenvolver as pesquisas necessárias para descobrir a verdade de um fato ou de uma teoria” (TARUFFO, p. 201).

Ocorre que o historiador e o cientista não têm o dever de imparcialidade, daí porque tais concepções não podem ser aplicadas verticalmente ao processo penal, sobretudo o brasileiro, o que não retira, naturalmente, o brilhantismo da obra de Taruffo²¹.

18. Falecido em 10 de dezembro de 2020.

19. O autor, ainda que reconheça a importância do trabalho de Pietro Calamandrei no tema atinente as cautelares, ligado, pois, ao tema probatório, aponta para o equívoco em aplicar literalmente a doutrina processual civil ao processo penal, cujos parâmetros de análise e necessidade de aprofundamento são diversos.

20. Ver neste sentido o HC 164.493, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, ao concluir pela parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro.

21. Um dos maiores processualistas contemporâneos. Vale referir, de qualquer sorte, que o autor não passa despercebido por esta questão, conquanto se observa pela entrevista concedida a Jordi Ferrer Beltrán: “Sin embargo, creo que una teoría general de la prueba está en disposición de dar cuenta de los conceptos fundamentales relativos a la estructura lógica del razonamiento probatorio y al convencimiento del juez, y que, por tanto, puede valer en gran medida tanto respecto de los diversos

Até porque o autor *não* desenvolve sua obra a partir da problemática processual brasileira e tem sim “pré-ocupações” com a questão democrática, ao atribuir um valor social à verdade, em outras palavras, livre da mentira e das manipulações da opinião pública, ao aduzir que:

“[...] os sistemas que amam definir-se como democráticos são muito menos democráticos do que pensam. O grau de adesão concreta ao princípio da verdade parece, com efeito, um índice eficaz do grau de democracia efetivamente existente em um regime político” (TARUFFO, p. 120).

Por outro lado, no Brasil, Lenio Streck, embora também reconheça a grandiosidade da obra de Taruffo, a partir da hermenêutica filosófica²², finca suas críticas a teoria desenvolvida pelo professor italiano, aduzindo, em alguma medida, para a incompreensão do giro linguístico:

“Contudo, não se trata de um mote nominalista, como na visão taruffiana do *linguist turn*. Ao que parece, Taruffo confunde o *linguist turn* com o nominalismo ou pragmatismo linguístico. A interpretação que Taruffo dá ao *linguist turn* é contrária a tudo que já se escreveu sobre esse giro paradigmático. Na intersubjetividade ocorre o deslocamento da relação sujeito objeto para o esquema sujeito-sujeito. Mas isto não quer dizer ‘deslocamento’ de palavras e coisas, transformando a interpretação em um niilismo. Tem se a impressão que o *linguist turn* para Taruffo é uma espécie de retorno a Nitché, no clássico enunciado fatos não existem só existem interpretações” (STRECK, p. 9).

Para o autor da Universidade do Vale dos Sinos, a defesa da verdade não pode ser calçada na ideia do juiz cientista, como se olhasse o processo de fora, como se tivéssemos tratando de uma ciência natural ou exata, conquanto é um ser imerso com as partes, com função epistêmica e hermenêutica enquanto produção intersubjetiva do direito, na lógica sujeito-sujeito.

modelos de proceso que pueden existir en el mismo ordenamiento como respecto de los distintos sistemas procesales [...]. Por ello es legítimo pensar que las diferencias normativas son, en definitiva, secundarias respecto del núcleo fundamental de la teoría de la prueba y que, de este modo, ésta puede ser válida para distintos tipos de proceso. Sería, entonces, inútil y también metodológicamente erróneo intentar construir una teoría de la prueba civil, una de la prueba penal, una de la prueba italiana, una de la prueba española o francesa, etc. No es casualidad que al tratar la teoría de la prueba los procesalistas civiles y penales usen substancialmente los mismos conceptos y el mismo language [...]. Naturalmente, esto no significa que las diferencias entre los distintos sistemas procesales no tengan ninguna importancia” (TARUFFO, p. 526-527).

22. Para o autor: “A Crítica Hermenêutica do Direito é um movimento que foi por mim fundado desde a primeira edição do livro *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* [...]. Com isso, pretendia fundar uma matriz teórica abrangente para o direito que, sob os aportes da filosofia (em especial, da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer), possibilitassem uma análise crítica do fenômeno jurídico. Também a obra de Ernildo Stein, principal interprete de Heidegger e Gadamer no Brasil. Penso que a *Crítica Hermenêutica do Direito* também recebeu muitas influências do pensamento de Luis Alberto Warat, em especial de sua crítica ao senso comum teórico” (STRECK, Lenio. Op. cit., p. 100).

DURIGON, Luís Gustavo. A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 107-123. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042419].

Como se observa, ainda que em forma de *notas*, por mais que se possa encontrar aproximações democráticas, quando a questão da verdade vem ao debate, realismo crítico e a crítica à hermenêutica filosófica se tocam de forma divergente, demonstrando, assim, toda a pulsão da temática desenvolvida nesta pesquisa sobretudo quando delineada no campo do processo penal.

Por essas razões, ao tratar do lugar da verdade no processo penal, Lopes Júnior (p. 394) discorre que “o que propomos não é negar a verdade, mas sim um deslocamento da discussão para outra dimensão, em que a verdade é contingencial e não estruturante do processo”.

Este deslocamento defendido pelo autor conduz a legitimidade da decisão pela via do devido processo legal, com especial destaque para a “estrita observância do contraditório”, como forma de “proteção ao decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real” (LOPES JÚNIOR, p. 394).

Trata-se de uma chave de leitura que merece destaque na temática aqui desenvolvida, fundamental para aprimorar a função epistêmica do contraditório na sua dimensão probatória.

Ao retomar a verticalização da temática para o universo do processo penal, Nicolás Guzmán também outorga fundamental importância do tema, ao estabelecer uma metodologia da investigação judicial e as garantias da verdade em torno, inicialmente, do contraditório e da imparcialidade, sendo nesta investigação, o primeiro, a questão que mais nos interessa:

“A mi modo de ver, *el contradictorio* y la imparcialidad, sin embargo, tienen la particularidad de que, además de ser garantías que protegen la libertad del imputado, claramente representan garantías *epistemológicas*, en tanto facilitan la tarea del conocimiento de los hechos en líneas generales o, al menos, a eso tienden. No constituyen trabas sino que, al contrario, son instrumentos del conocimiento. Sin contradictorio y sin imparcialidad es muy difícil imaginar que pueda arribarse al conocimiento de la verdad o, en otras palabras, que pueda predicarse validamente que la sentencia há satisfecho las exigencias de la “verdad procesal” (GUZMÁN, p. 144-145). Grifei.

É no contraditório que as “coisas processuais” acontecem, sobretudo em termos probatórios.

Efetivamente, a prova é um dos temas mais importantes e complexos do processo penal, tendo em vista sua projeção para outros campos do saber, sendo que seu maior problema epistemológico é a verificação da possibilidade ou não de alcançar a verdade (BADARÓ, 2003, p. 18).

O processo penal não deve ignorar a verdade, mas ela não pode ser sua finalidade principal, devendo, neste universo, ser concebido o contraditório como um instrumento à disposição do sujeito passivo para conter os excessos do poder punitivo, ainda que também esteja à disposição da acusação. Em outras palavras: o contraditório como limite ao poder punitivo²³, como forma de evitar a objetificação da pessoa.

23. Nessa linha de ideias, salienta-se o pensamento de Baptista, para quem: “vale acrescentar que a busca da chamada verdade real não tem utilidade alguma, relativamente à razão de ser do processo penal, de proteção do indivíduo contra o arbítrio da autoridade, motivadora da desigualdade das

Além disso, sempre é bom rememorar, esse sistema ideológico de busca da verdade sempre brindou um modelo de juiz autoritário, inclinado a violar os direitos fundamentais do sujeito passivo, tendo chegado ao extremo de admitir e validar a tortura como meio de prova (LOPES JÚNIOR, GLOECKNER, 2013, p. 305).

E tal condição ainda deixa resquícios no processo penal contemporâneo, especialmente em países com o Brasil, cujo Judiciário atravessa uma crise jamais vista na sua história, não somente de ordem estrutural, mas, sobretudo, de intelectualidade, pois, para dar conta de tanta demanda e do empilhamento de processos – ainda que pelo sistema *eproc* – nas Comarcas e nos Tribunais, os modelos de gerenciamento dos feitos criminais²⁴ tendem ao automatismo.

De uma certa forma, as decisões judiciais parecem mais “pré-ocupadas” com a jurisprudência dos Tribunais Superiores do que valorar a produção probatória em contraditório, não raras vezes em desrespeito à Constituição Federal e às Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário.

De qualquer sorte, não pretendemos cair em um radicalismo que afaste por completo a hipótese da verificação da verdade, mas realizar os alertas epistêmicos necessários, no sentido de demonstrar os limites funcionais do processo penal para tanto, sobretudo por sua retrospectividade.

Existe uma relação direta e turbulenta entre a verdade e o contraditório, pois, historicamente, exigiu-se demais do contraditório como um instrumento de “negação da verdade”.

Afinal, como contraditar algo que não existe de forma absoluta? Esse peso que o contraditório carregou – e ainda carrega – é responsável por seu caráter obsoleto, e por constituir, paradoxalmente, um *locus* privilegiado para o acoplamento e a proliferação de pontos punitivos no seio do processo penal brasileiro (DURIGON, 2021, p. 115).

É exigir demais do contraditório o enfrentamento da verdade, na medida em que, se ela é impossível de ser alcançada, seja do ponto de vista teórico, ideológico, prático ou filosófico, é impossível para o contraditório enfrentar esse organismo invisível, seus mitos e pretensões. A menos que também se busque um contraditório inquisitorial, modelo este que estamos a rechaçar.

O que caracteriza o contraditório epistemologicamente construído na contemporaneidade na *dimensão probatória*, entre outras questões, é esse descolamento, essa emancipação da ideia da verdade, permitindo que o contraditório atue efetivamente em algo mais concreto, não abstrato, em algo permitido e alcançável²⁵ pela ciência processual penal, enquanto instrumento, também, de controle da decisão.

De qualquer forma, algo ainda gira em torno do mito de sua revelação.

partes na relação processual. A presunção de inocência, o *nemo tenetur se detegere* e o *in dubio pro reo* têm, intuitivamente, o propósito de exigir do Estado a reunião de elementos que justifiquem cabalmente, o exercício do poder de punir – sem o que, tal exercício configurará abuso”. Ver, nesse sentido, BAPTISTA, 2001, p. 210.

24. Agora arriscando-se, inclusive, com as questões da “inteligência artificial”.

25. Badaró trabalha com a ideia da verdade limitada, com o intuito de buscar o mais elevado grau de probabilidade. BADARÓ, p. 434.

2.3. O mito da revelação

Diante das variações teóricas até aqui realizadas, é possível agregar a ideia do mito da busca da verdade, responsável pelo fato do processo penal não se desapegar totalmente da matriz inquisitorial, dificultando o estabelecimento do sistema acusatório.

A partir da ideia do mito, sua perpetuação e retroalimentação realizadas também pelos próprios juristas (pois ainda se pensa no juiz como um ser infalível), acredita-se que o juiz seja capaz de “revelar a verdade” (KHALED, 2013, p. 482).

Segundo o professor da Universidade Federal de Rio Grande, mito e rito andam de mãos dadas, contribuindo o rito para o mito com a perpetuação de categorias que revelam o caráter divino e não laico do direito, o que é presentificado, mantido e resgatado, também, pela toga, elemento mistificador da verdade institucionalizada, merecendo, pois, destaque nesta investigação:

“A toga exerce função de escudo protetor e eleva o sujeito para além da condição de mero mortal, socializando uma violência discursiva, prolongando a sensação de superioridade do magistrado em relação às partes. Além disso, faz com que o próprio juiz se desvincule da responsabilidade de sua decisão, exercida pela toga-máscara que perpetua toda simbologia do poder judiciário. Dessa forma, já não é o homem que habita a veste, mas esta que habita ele, sendo o julgamento exercido por uma instituição revestida de caráter sagrado, que justifica o poder do juiz e a que ele próprio presentifica, legitimando-a” (KHALED, 2013, p. 483).

Incrivelmente, ela continua presente como “farda” obrigatória instituída regimentalmente pela maioria dos Tribunais, mantendo em alguma medida, ainda que na contemporaneidade, o caráter místico do direito, repleto de simbologia que acaba alimentando os espectadores da cena jurídica.

Nesse sentido, Carnelluti já advertia ao diagnosticar a relação entre o juiz e o sacerdote como seres “fora do mundo”, dotados de capacidade superior em relação aos outros homens, portanto, seres perfeitos para emanar a “verdade” calcada na divindade suprema:

“A história conserva uma lembrança desta verdade ao nos mostrar uma primitiva coincidência entre o juiz e o sacerdote, que pede a Deus e dele obtém uma capacidade superior à dos outros homens. Ainda hoje, se o juiz, apesar do desprezo em relação às formas e aos símbolos, que é dos caracteres pejorativos da vida moderna, leva o hábito solene que chamamos toga, isto responde a necessidade de fazer visível a majestade, e esta é um atributo divino” (CARNELUTTI, 2009, p. 45).

Isso também contribui para um excesso depositado na verdade, um labirinto de possibilidades e subjetividades, que não permite acreditar que a sentença é a sua revelação, ao mesmo tempo que prejudica a possibilidade de sua construção pela via probatória e epistemológica do contraditório.

Foi-se o tempo da sentença ser um ato revelador da verdade, ainda que continue a prevalecer a manutenção dos mitos e a retroalimentação dos ritos processuais penais. Como advertem (LOPES JÚNIOR e GLOECKNER, 2013, p. 313), “[...] é importante compreender que

o rito (e o ritual do judiciário) presentifica e reforça o mito da (verdade). O mito fundante do processo (notoriamente o inquisitório) é a verdade, logo isso estrutura um ritual e um procedimento que dê conta dessa questão.”

A questão a saber é se essa estrutura divina de obtenção mítica – e contemporaneamente midiática – da verdade no processo penal afeta o contraditório – ou o impede – e em que medida?

A resposta não pode ser outra senão que o contraditório, enquanto um dos centros do sistema processual, naturalmente, acaba recebendo influxos inquisitivos que afetam sua função reativa. Afinal, como contraditar, por meio de um ser no mundo, algo que está preconizado e sendo definido, por que não dizer, fora do mundo, conforme já pontuamos.

Ademais, ainda em relação ao mito que alimenta o rito e vice-versa, a falsa superioridade criada pela toga prejudica a igualdade e paridade dos argumentos, o que explica – *contrario sensu* – aquilo que Salah chama de uma relação embrionária entre o mito e o poder²⁶.

Para o autor, essa relação é responsável pela manutenção da “ordem”, recepcionada – muitas vezes às cegas – por um determinado modelo de sociedade que não raras vezes está de acordo com os excessos punitivos:

“O mito da busca da verdade correspondente é, dessa forma, um elemento de conformação de um modelo processual inquisitório e autoritário, incompatível com um Estado Democrático de Direito, porém útil e a partir desse desumano utilitarismo tudo se justifica. Daí a persistência de boa parte da doutrina em garantir a sua sobrevivência, apesar da contradição que representa – ou talvez até por causa dela –, uma vez que permanece legitimando o poder autoritário do Estado em um contexto democrático-constitucional que exige, ao contrário, a contenção do poder de tal Estado” (SALAH JR., 2013, p. 484-485).

É mediante esse mito da verdade que também se estrutura e se fecha um poder penal repressivo, que não encontra ressonância constitucional, mas que nem por isso os manuais de processo penal, em sua grande maioria, se encorajam a abandonar. Trata-se, também, de uma questão cultura ou de uma mentalidade inquisitória, como adverte Miranda de Coutinho em seus diversos escritos.

Esse deslocamento da verdade do processo²⁷ é necessário para pontuar que o contraditório não estabelece uma relação de afronta com a verdade, mas sim com a hipótese imputativa verticalizada na pretensão acusatória.

Nesse ponto, o contraditório se fortalece e potencializa, pois, se assim for considerado enquanto objeto de confronto, perde o seu caráter submisso e assume uma posição de igualdade no plano da complexa situação jurídica processual policêntrica.

No universo probatório o contraditório assume uma função primordial – longe de legitimar a verdade – consistente em atuar epistemologicamente em máxima potência

26. SALAH JR., 2013, p. 484.

27. Não significa, em outras palavras, “que lá não exista nada”, conforme adverte MIRANDA DE COUTINHO, 2018, p. 71.

como um critério definidor e delimitador dos elementos probatórios aptos a serem valorados pelo julgador.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões e aportes teóricos propostos no presente artigo, em alguma medida estabelecemos proposições conclusivas, sem perder o horizonte da necessidade da manutenção de uma permanente abertura reflexiva, marca da epistemologia da incerteza, horizonte investigativo recomendado para as temáticas da contemporaneidade em relação às ciências criminais, sobretudo quando a questão investigada perpassa pelo eixo contraditório e da prova penal.

Assim, a temática a respeito da dimensão probatória, ainda que adquira lugar de destaque na processualística processual penal brasileira, não deve ser analisada como um organismo estanque no processo, tendo em vista que é fundamental a forma como a prova – *lícita* – vem a ser postulada, admitida, produzida e valorada.

Ademais, a dimensão probatória estabelece importantes pontos de conexão com diversas outras questões centrais que interessam à processualística penal, tais como a própria investigação preliminar, as matérias de natureza cautelar, decisórias e, porque não dizer, recursais.

Nesse cenário, ainda que princípios processuais penais outros devam estar sempre atuantes e presentes, tais como a jurisdicionalidade, o princípio acusatório, a presunção de inocência e a motivação das decisões judiciais, é certo que o contraditório também adquire um local de destaque, na medida em que deve atuar como um instrumento de controle epistêmico daquilo que pode ser valorado pelo(a) julgador(a) quando da devida decisão penal.

Isto porque o contraditório eminentemente processual penal deve moldar a decisão, expulsando para fora do sistema tudo aquilo que não foi produzido em sua observância efetiva – e não meramente formal – contribuindo significativamente para a concretização do sistema acusatório cujo projeto brasileiro permanece inacabado, mesmo com o recente julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os filtros decisórios reelizados nos dispositivos normativos.

Neste caminho investigativo escolhido foi inevitável um *flert* com a verdade, não compreendida como a “rainha” do processo penal, tal como se destacou a confissão inquisitorial como a “rainha das provas”, mas como algo vinculado ao método estabelecido pelo contraditório contemporâneo.

Também não se entende adequado a verdade como elemento central na esteira do realismo taruffiano de matriz civilista, mas como uma (re)construção hermenêutica moldada epistemologicamente de forma pretérita, com naturais limitações de alcance nos Estados Democráticos e vigiada insistentemente e constantemente pelo contraditório.

Fora desse panorama processual probatório não cartesiano de reconstrução pretérita o que se tem é arbítrio, é escolha, é opção (ideológica) e não processo penal institucionalizado em observância, também, das diretrizes convencionalistas.

Em suma: o método em contraditório não formal, além de fortalecer o sistema acusatório, é o mais adequado para se buscar algo alcançável pela processualística penal para fins decisórios, contendo os excessos punitivos sempre incidentes.

4. REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE. 1959.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 6. ed. Trad.: Hebe Caletti Marrenco. Sorocaba: Minelli, 2009.
- CUNHA MARTINS, Rui. *Decisão Judicial*. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madri: Marcial Pons, 2012.
- DURIGON, Luís Gustavo. *Genealogia do Contraditório Processual Penal: dos sistemas jurídico, político e penal à crise na contemporaneidade*. Cruz Alta: Ilustração, 2021.
- DURIGON, Luís Gustavo. A situação jurídica processual penal: complexidade, risco, poderes e o ônus da prova. In: DURIGON, Luís Gustavo; GIRARDON, Denise Tatiane dos Santos; RODRIGUES, Domingos Benedetti; DURIGON, Luís Gustavo; BRUTTI, Tiago Anderson (Org.). *Cidadania, Democracia e Direitos Humanos*. Cruz Alta: Ilustração, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1935. v. II.
- GUEVARA, Juan Burgos Ladron. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madri: Civitas, 1992.
- GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2018.
- LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*. Ensaio sobre a ordem dogmática. Trad. Colégio Freudiano do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1983.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas. São Paulo: Bookseller, 2001.

- MIRANDA DE COUTINHO, Jacinto. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da mentalidade inquisitória, 2018. v. 1.
- STRECK, Lenio Luis. Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, Sequência: Florianópolis, n. 74, p. 115-136, 2016.
- STRECK, Lenio Luis. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica e Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- SOUZA, Bernardo de Azevedo; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romulo. *Manual prático de provas digitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Bologna: Trotta, 2002.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.



PESQUISAS DO EDITORIAL



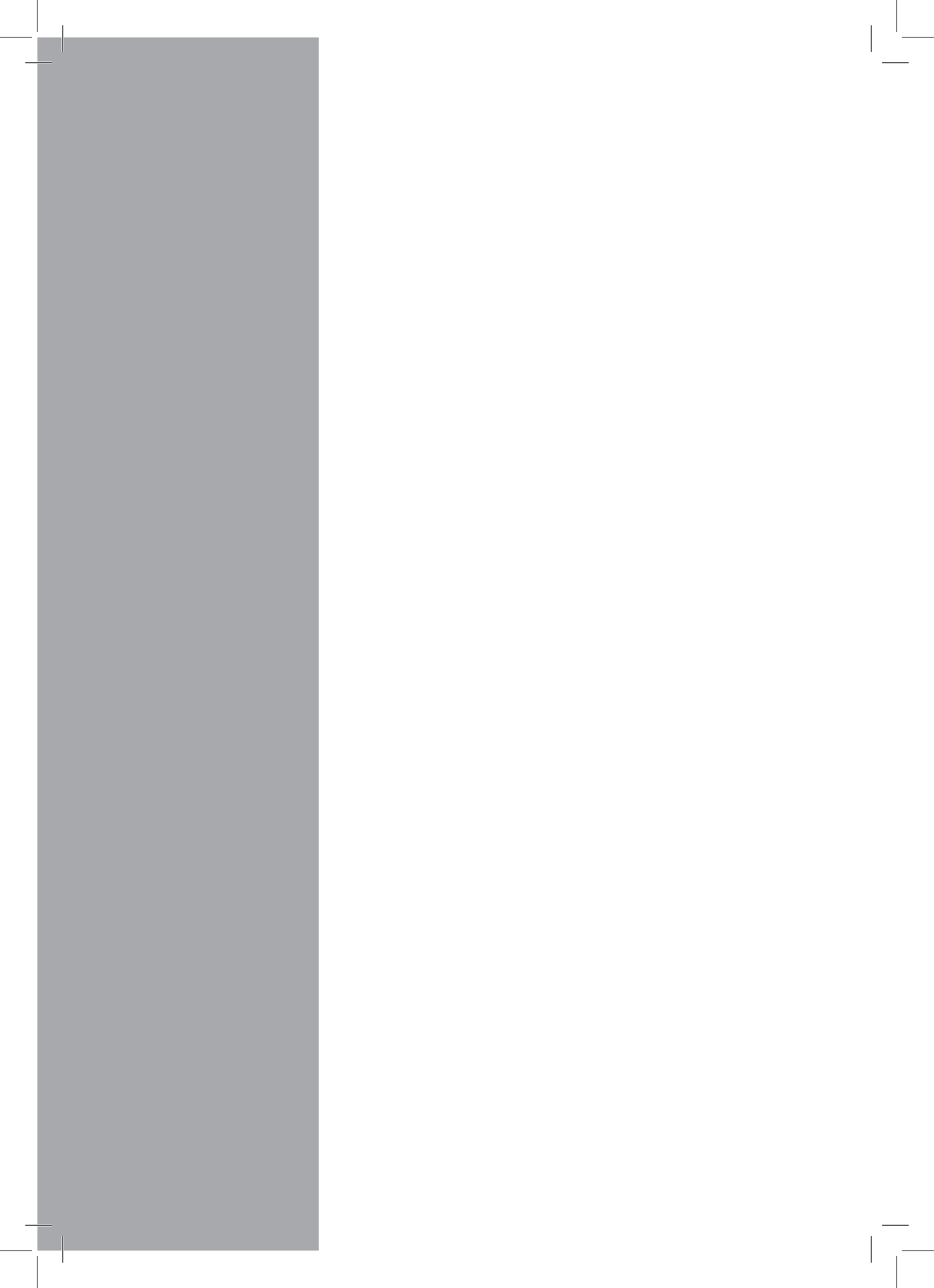
ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aquisição das fontes de prova penal digital: reflexões a partir do informativo de jurisprudência 763 do STJ, de Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes e Yuri Felix – *RBCCrim* 197/215-247;
- Fundamentos à aplicação do incidente de autenticidade ao elemento probatório informático: a ineficiência da simples captura de tela como meio probatório, de Spencer Toth Sydow e Agenor Alexander C. Costa – *RD Tec* 13;
- O contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial, de Bruno Dantas e Caio Victor Ribeiro dos Santos – *RePro* 310/17-34;
- O juiz das garantias e o juízo da acusação no procedimento do Tribunal do Júri, de Fernando Martinho de Barros Penteado – *RBCCrim* 197/249-289;
- O pêndulo da verdade no direito probatório, de Cássio Benvenuti de Castro – *RePro* 342/99-117;
- O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), de Aírto Chaves Junior, Leonardo Costa de Paula e Thiago Aguiar de Pádua – *RBCCrim* 182/163-190; e
- Ônus probatório argumentativo sob a perspectiva da filosofia da linguagem de Gadamer, de Felipe Martins Pinto e Lorena Souto Tolentino – *RBCCrim* 172/293-321.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, fading towards the left.

Criminologia



ANARQUISMO E CRIMINOLOGIA NO BRASIL: A INSERÇÃO DAS TEORIAS NOS DEBATES JURÍDICOS E NA PRODUÇÃO DE LEIS NO FINAL DO SÉCULO XIX

*ANARCHISM AND CRIMINOLOGY IN BRAZIL:
THE INSERTION OF THEORIES IN LEGAL DEBATES AND IN THE
PRODUCTION OF LAWS AT THE END OF THE 19TH CENTURY*

BRUNO CORRÊA DE SÁ E BENEVIDES

Doutor em história da ciência e da saúde (COC/Fiocruz). Mestre, bacharel e licenciado em história pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bolsista Capes desde 2020.

Lattes CV: [lattes.cnpq.br/3268818276846757].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-0512-3766].

brunoebenevides@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042425].

Recebido em: 02.02.2023

Aprovado em: 17.05.2023

Última versão do autor: 17.05.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: Este artigo analisa os discursos jurídico-criminológicos em torno da questão do anarquismo e seus adeptos no Brasil da década de 1890 (início do regime republicano). Além disso, no período em questão, investiga-se as inserções dessas ideias nos debates parlamentares proferidos por membros do Congresso Nacional. No final do século XIX, observa-se a ocorrência das primeiras experiências libertárias no país, no bojo dos trabalhadores urbanos. Apesar de incipiente, a circulação dos ideais anárquicos, com a sua retórica revolucionária, trouxe preocupações às autoridades políticas, despertando também o interesse de juristas dedicados ao estudo do crime e do criminoso. Tal interesse resultou na

ABSTRACT: This paper analyzes the legal-criminological discourses around the issue of anarchism and its supporters in Brazil in the 1890s (beginning of the republican regime). In addition, in the period in question, it investigates the insertion of these ideas in parliamentary debates held by members of the National Congress. At the end of the 19th century, the first libertarian experiences in the country took place among urban workers. Although incipient, the circulation of anarchic ideals, with their revolutionary rhetoric, brought concerns to political authorities, also arousing the interest of jurists dedicated to the study of crime and the criminal. Such interest resulted in the publication of seminal writings aimed at

publicação de textos seminais voltados à análise do delinquente político, do "indivíduo revoltado", do revolucionário e, especialmente, do militante anarquista. No que tange aos debates parlamentares, constatou-se que diversos congressistas foram responsáveis por mobilizar concepções jurídico-criminológicas, que conferiam aos anarquistas uma essência delitiva por circunstâncias biológicas, psíquicas e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Anarquismo – Crime Político – Revolução – História do Brasil Republicano – Criminologia.

analyzing the political delinquent, the "rebellious individual", the revolutionary and, especially, the anarchist militant. Regarding the regardparliamentary debates, it was found that several congressmen were responsible for mobilizing legal-criminological conceptions, which gave anarchists a criminal essence due to biological, psychic and social circumstances.

KEYWORDS: Anarchism – Political Crime – Revolution – History of Republican Brazil – Criminology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. "A planta exótica": o anarquismo no Brasil no final do século XIX. 3. Um panorama das principais teorias criminológicas no contexto internacional: fins do século XIX. 4. Os debates jurídico-criminológicos e os anarquistas no contexto brasileiro na década de 1890. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 7. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

Na segunda metade do século XIX, sobretudo no cenário europeu, as reflexões em torno do crime e do "indivíduo delinquente" transformaram-se em uma área de pesquisa bastante promissora, em processo de conformação, cujas teorias e práticas eram, em grande medida, oriundas dos campos médico-mental e jurídico. O intuito desses estudiosos (conhecidos como criminólogos) era encontrar explicações científicas para o comportamento considerado socialmente criminoso e, diante disso, propor soluções punitivas e preventivas no combate à reincidência criminal (BECKER, 2006, p. 112; KNEPPER, 2022).

Nesse mesmo período, o anarquismo havia se tornado um movimento revolucionário, de cunho socialista, com grande inserção entre os trabalhadores urbanos e rurais em distintos países e continentes, constituindo-se um conjunto de ideias e ações internacionalistas e transnacionais (HIRSCH; VAN DER WALT, 2010; BERRY; BANTMAN, 2010; BANTMAN; ALTENA, 2017; JACOB; KESSLER, 2021). Contudo, a partir da década 1890, os militantes e as organizações anarquistas passaram a ser duramente reprimidos, especialmente na Europa. Em reação a essa conjuntura, o movimento experimentou uma fase de radicalização materializada na "propaganda pela ação", que foi uma estratégia de luta adotada por alguns ativistas, e, em certos casos, resultou em atentados contra autoridades políticas, reis, presidentes e locais comumente frequentados pela burguesia (como cafés, teatros etc.).

Diante desse panorama, rapidamente os libertários¹ passaram a ser estudados por vários criminólogos, como Cesare Lombroso², Rodolfo Laschi, Raffalle Garofalo, Scipio

1. Assim eram reconhecidos os anarquistas, desde o final do século XIX. Neste artigo, a palavra "libertário" será empregada como sinônimo de movimento anarquista ou anarquismo.

Sighele, Alexandre Lacassagne, Gabriel Tarde, René Garraud³, Emmanuel Régis, Gustave Le Bon, entre tantos outros. Esses estudos acabaram alçando o anarquismo ao centro dos debates que vinham ocorrendo em comunidades acadêmicas europeias e nos congressos internacionais de criminologia (KNEPPER, 2018, p. 58-59; BENEVIDES, 2023). A proposta de boa parte desses intelectuais era divulgar as suas concepções sobre o acratismo⁴, como também oferecer soluções e medidas profiláticas, que giravam em torno de providências repressivas – recolhimento asilar, pena de prisão e desterro – e de recomendações “humanitárias”, como o combate à pobreza e a implementação de políticas educacionais, sanitárias e trabalhistas. Além disso, estiveram empenhados em examinar a prática do libertarismo à luz dos principais temas desenvolvidos pela “ciência criminológica” do final do *Dezenove*, entre eles: a noção de periculosidade, a ideia de defesa social, a dosimetria da pena, a responsabilidade penal, o papel das doenças mentais e da loucura, bem como a natureza jurídica desses atos de militância, isto é, se deveriam ser considerados “delitos políticos” ou um “crime contra a organização social”.

No Brasil, nos primeiros anos da República, as notícias envolvendo o anarquismo no contexto internacional passaram a ser recorrentes nos principais veículos de imprensa. Nesse mesmo período, observa-se o aumento da propagação de ideias anarquistas e de algumas experiências de militância no país, efetivadas por trabalhadores nativos e estrangeiros. Os ideais e as práticas libertárias tiveram papel importante no processo de conformação do movimento operário brasileiro entre 1890 e 1930, contribuindo tanto na luta por conquista de direitos como na elaboração de uma agenda revolucionária, sendo responsáveis, ainda, pela criação de jornais, escolas, sindicatos, federações, congressos, organização de greves e de manifestações culturais, como a realização de peças teatrais, músicas, poesias etc. (SAMIS, 2002; ROMANI, 2002, ADDOR, 1986, 2012; ADDOR et al., 2021; ROMANI; BENEVIDES, 2021).

Tendo isso em vista, este artigo busca investigar a produção e a circulação, no território nacional, dos discursos criminológicos em relação ao movimento anarquista e seus

2. Lombroso, por exemplo, publicou uma obra monumental sobre os delitos políticos em parceria com o advogado Rodolfo Laschi, intitulada *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo* (“Os Delitos político e as revoluções em relação ao direito, à antropologia criminal e à ciência do governo”) (1890), e, em 1894, lançou um livro tratando especificamente sobre os anarquistas, chamado *Gli Anarchici* (“Os Anarquistas”). Sobre as referidas publicações, Cf.: CALAFATO (2013).
3. Gabriel Tarde, René Garraud e Lacassagne também fizeram importantes observações sobre a temática do crime político e também acerca da prática do anarquismo. Em relação a Tarde, cabe mencionar a obra *La criminalité comparée* (1886), na qual o autor destaca a importância da “sugestibilidade” nas explicações sociológicas do crime. Sobre Garraud, vale destacar o livro *L'anarchie et la répression*, publicado em 1895. Finalmente em relação a Lacassagne, cabe citar a obra *L'assassinat du président Carnot* (1894), na qual o médico francês analisou o caso do anarquista Sante Geronimo Caserio.
4. Neste artigo, o termo acratismo será empregado como sinônimo de anarquismo, tal qual é feito pela historiografia nacional e estrangeira. Este termo deriva do grego antigo *akratia*, que significa “falta de governo” ou, em uma interpretação mais contemporânea, “ausência de autoridade”.

adeptos, na última década do século XIX. Defendo que a preocupação com a inserção do aocratismo entre o proletariado, somada à veiculação e ao trânsito de teorias estrangeiras sobre o “criminoso político” nas mais importantes faculdades de direito do país, motivaram a produção local dos primeiros discursos jurídico-criminológicos sobre os libertários. Apesar de incipiente, essas abordagens despertaram o interesse de bacharéis ao longo dos anos 1890, resultando na publicação de estudos seminais – em livros, manuais, tratados e compêndios jurídicos – dedicados à análise do delinquente político, do indivíduo revoltado, do revolucionário e, especialmente, do militante anarquista.

Além disso, este artigo pretende mostrar que, no período em apreço, as teorias criminológicas em torno do anarquismo foram apropriadas por vários membros do Congresso Nacional. A partir da análise dos debates parlamentares, constatou-se que diversos legisladores foram responsáveis por mobilizar concepções jurídico-criminológicas, que conferiam aos anarquistas uma essência delitiva por circunstâncias biológicas, psíquicas e sociais. Nesse momento de recém-surgimento do Estado republicano sob o comando de presidentes militares, houve uma intensa desorganização institucional permeada pelo forte autoritarismo e arbitrariedades, haja vista a recorrente decretação de estado de sítio pelo chefe do Executivo e de algumas tentativas de fechamento do Parlamento. Mesmo assim, a década de 1890 foi marcada por importantes debates e aprovações de leis tratando de questões trabalhistas, sindicais e criminais. Em tais discussões, a preocupação com o anarquismo e a sua disseminação entre os trabalhadores urbanos passou a ser cada vez mais presente nos discursos dos deputados e senadores. Na defesa desses projetos, o uso de postulados criminológicos para explicar o comportamento do militante anarquista foi recorrente, como será discutido no decorrer deste texto.

As teses criminológicas em relação ao anarquismo e o papel dessas ideias na produção de leis repressivas em diferentes contextos nacionais, como na França, Itália, Espanha, Argentina, entre outros, já foram objeto de estudo por diversos autores estrangeiros (PICK, 1989; GALERA, 1988; GELI, 1992; JENSEN, 2001, 2004, 2013; ANSOLABEHERE, 2005; SIERRA, 2002, 2009; CALAFATO, 2013; KNEPPER, 2018; SALVATORE, 2017; MUSUMECI, 2018; CAMPOS MARÍN, 2021). Com isso, pretende-se trazer contribuições para a historiografia brasileira dedicada à história da criminologia, da Justiça criminal e da psiquiatria forense, visto que no país não há investigações sobre a circulação e apropriação desses debates em escritos publicados por juristas nacionais no final do século XIX, e tampouco acerca das incursões desses discursos no âmbito das instituições republicanas. É essa lacuna que este trabalho coloca em discussão e procura preencher.

Neste artigo, adotei a noção de “prática discursiva” para designar o conjunto de enunciados, teorias e de conceitos desenvolvidos pelos inúmeros atores envolvidos, direta ou indiretamente, na produção do “conhecimento criminológico”. As práticas discursivas caracterizam-se pela conformação de discursos que possuem a dimensão prática inscrita em sua natureza, e que agregam saberes de diversas disciplinas ou ciências (FOUCAULT, 1997, p. 12; 1995, p. 235-238). Segundo Foucault, essa modalidade de formação discursiva possui uma dinâmica própria, pela qual são organizadas técnicas e interações institucionais, fabricam-se esquemas de comportamentos e verdades sobre os indivíduos (1997, p. 12;

PORTOCARRERO, 1998, p. 49-50). No âmbito dos saberes criminológicos, essa malha discursiva participou ativamente na criação de classificações, regramentos, análises clínicas, diagnósticos, leis e jurisprudências. Quanto à metodologia teórica empregada, foi adotado o “paradigma indiciário” sistematizado pelo historiador italiano Carlo Ginzburg (1989). Considerando o caráter textual dos escritos jurídicos e dos debates parlamentares consultados, buscou-se nos indícios colhidos nessas fontes históricas uma homogeneidade, um sentido e uma lógica que possibilitem historicizar e interpretar as ideias e os conceitos criminológicos sobre os anarquistas desenvolvidos pelos juristas e políticos brasileiros⁵.

O artigo foi dividido em três seções. Na primeira será discutida a conjuntura do movimento anarquista no Brasil, no final do século XIX. Na segunda, buscou-se analisar a conformação da criminologia no contexto europeu da última década do *Novecentos*, apresentado as principais teorias e espaços de sociabilidades. Na terceira parte, o objetivo foi analisar a construção das práticas discursivas criminológicas em relação aos anarquistas, a partir dos debates jurídicos brasileiros e dos discursos parlamentares proferidos no Congresso Nacional.

2. “A PLANTA EXÓTICA”: O ANARQUISMO NO BRASIL NO FINAL DO SÉCULO XIX

A emergência do regime republicano, em novembro de 1889, foi responsável por concretizar a hegemonia política da burguesia agrária, sobretudo de São Paulo, em aliança com os demais setores fundiários agroexportadores de outras cidades, no seio da classe dominante (MAGNANI, 1982, p. 38). Para Edgard Carone, o episódio representou o momento no qual as oligarquias nacionais alcançaram o ápice no Brasil, uma vez que

“No império, os grupos oligárquicos encontram um obstáculo para o controle total do governo das províncias: É o poder moderador do imperador, que permite a escolha dos

5. Durante o processo de pesquisa que originou este artigo, o levantamento do corpo documental ocorreu por meio da busca por textos nacionais (tratados, compêndios, manuais, artigos científicos etc.), publicados na área da criminologia e do direito criminal, que de algum modo abordassem a temática do anarquismo. Para complexificar e enriquecer a procura, passei a utilizar algumas palavras-chave, que, nesses escritos, foram frequentemente associadas às ideias e ao movimento anarquista, tais como: “acratismo”; “indivíduo exaltado”, “subversivo”, “revoltado político”, “perigoso político”, “libertarismo”, “greve”, “sindicalismo”, “libertário”, “dinamite”, “atentado”, “propaganda pelo fato”, “socialismo libertário”, “Kropotkin”, “Bakunin”, “terrorismo”, “planta exótica”, “multidão criminosa”, “loucuras políticas”, “regicídio”, “suicídio crime”, “político”, “revolução”, “revolta”, “insurreição”, “motim” e “turba”. A consulta desse material foi realizada em várias bibliotecas, como: na Hemeroteca Digital e no acervo físico da Biblioteca Nacional (Rio de Janeiro), nas Bibliotecas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2/Rio de Janeiro) e da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ). Quanto aos debates parlamentares proferidos no Congresso Nacional, cabe ressaltar que esse tipo de documentação está disponível on-line, podendo ser encontrado nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados a partir dos Diários e dos Anais do Congresso, que até hoje são publicados anualmente.

presidentes provinciais. O federalismo republicano derruba esse empecilho: e as oligarquias irão atingir, então, o ápice de sua expansão” (1976, p. 21).

O Estado republicano, a partir da Constituição Federal de 1891, estabeleceu uma democracia representativa burguesa, alicerçada nos ideais do liberalismo clássico, onde os brasileiros conquistariam a cidadania adquirindo direitos civis e políticos. Entretanto, apenas possuíam o direito ao voto os eleitores homens, maiores de 21 anos e alfabetizados. Percebe-se, assim, que o sistema político arquitetado pela oligarquia nacional excluía parcelas significativas da população do processo eleitoral, já que apenas 3% do contingente populacional do país podia participar do pleito (ADDOR, 1986, p. 46). Já por direitos civis, entendia-se o mínimo necessário para o exercício da liberdade individual, que se desdobrariam no direito de locomoção, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade, a execução dos contratos válidos e direito à justiça (RESENDE, 2008, p. 91-95).

Assim, o liberalismo clássico que foi tomado como referência pelos construtores da República, na prática, sofreu um processo de reelaboração, resultando no “liberalismo oligárquico”. O Estado constitucionalmente democrático e representativo definiu-se como uma democracia elitista e limitada, reservada ao uso dos proprietários rurais e de uma fração das populações urbanas (RESENDE, 2008, p. 104). Foi neste panorama, portanto, que o movimento dos trabalhadores no Rio de Janeiro, em São Paulo e em outras regiões, buscou, sob grande influência do anarquismo, interferir na cena política por meio de demandas que iam desde a regulamentação da relação de trabalho à almejada revolução social.

No Brasil, a circulação do anarquismo ocorreu a partir da década de 1890, em razão de um crescente aumento de militantes vindos do exterior em meio às ondas de imigrantes, que chegavam ao país com a finalidade de trabalhar nas lavouras cafeeiras dos latifúndios paulistas⁶ (SAMIS, 2002). No início do século XX, passam a ocupar o interior das fábricas para suprir a demanda por mão de obra no incipiente parque industrial das duas maiores capitais nacionais: em São Paulo, os primeiros grupos de militantes eram formados majoritariamente por italianos, enquanto no Rio de Janeiro, as ideias anarquistas foram difundidas e constituídas por brasileiros, portugueses e espanhóis (ROMANI, 2002, p. 169).

A fundação da Colônia Cecília em 1890 (uma comunidade coletiva estabelecida no estado do Paraná pelo médico Giovanni Rossi) é apontada pela historiografia tradicional como o momento inicial do surgimento do anarquismo no Brasil. Os colonos ali residentes praticavam relações de poliandria, amor livre (o que significava a possibilidade de viver junto sem casamento oficial) e utilizavam recursos econômicos a partir de uma renda comunitária. Como todas essas iniciativas gozavam de certo ineditismo em solo brasileiro,

6. Até a Proclamação da República, em 1889, a escravidão sedimentava a relação de trabalho no campo, que era constituída basicamente sobre a dicotomia senhor-escravo. No contexto da expansão do café no Oeste de São Paulo, essa instituição estava em declínio, sendo finalmente abolida em 1888. A importação subsequente de trabalhadores da Europa Meridional e, mais tarde, de outras áreas foi motivada pelo mesmo objetivo do tráfico negreiro do século XVI: suprimir a escassez de mão de obra, destinando os “imigrantes para o café” (HOLLOWAY, 1984, p. 19).

isso talvez explique a ideia de “mito fundador” criada em torno da história da Colônia (FELICI, 2001). Essa pequena comunidade durou até 1894, quando foi encerrada por causa de conflitos internos. Mesmo assim, essa experiência inusitada ganhou fama internacional e foi identificada como ponto de partida do anarquismo no país. Essa versão, no entanto, vem sendo contestada por alguns historiadores nos últimos anos, sob a alegação de que experiências libertárias anteriores teriam sido implantadas em São Paulo, no Paraná e no Rio Grande do Sul, por iniciativa de imigrantes que não frequentaram a Colônia Cecília (Cf.: ROMANI; BENEVIDES, 2019, p. 07; 2021).

Em 1892, um grupo de anarquistas italianos fundava em São Paulo o primeiro periódico libertário do país, *Gli Schiavi Bianchi* (“Os Escravos Brancos”), cujo diretor era o italiano Galileo Botti, chegado ao Brasil dois anos antes. Tal precedente inaugurou uma fase posterior em que uma série de outros jornais em língua italiana, de vertente anárquica, foram publicados em São Paulo entre o fim do século XIX e o início do novecentos, como: *La Bestia Umana*, *L’Avvenire*, *Il Risveglio*, *La Nuova Gente*, *La Battaglia* e vários outros (ROMANI; BENEVIDES, 2021).

O período compreendido entre 1890 e 1900, portanto, pode ser entendido como um momento em que as ideias anarquistas buscaram maior integração da experiência brasileira aos “quadros interpretativos globais”, bem como a sua incorporação ao “espaço socio-político local”. Partindo desses dois pressupostos, militantes italianos ingressados no país tiveram sucesso na construção de um “conjunto de referências próprias para o campo socialista”, demarcando bem o seu posicionamento em relação aos opositores e aliados (GODOY, 2018, p. 86).

Mesmo em um ambiente de forte repressão governamental, foram capazes de editar periódicos com o propósito de realizar a propaganda libertária, divulgar informações sobre as datas festivas comumente comemoradas pelos anarquistas de outros países (como o aniversário da Comuna de Paris, o Primeiro de Maio, homenagens aos “Mártires de Chicago” e aos “Mártires de Jerez”), e finalmente chamar a atenção para as condições de trabalho da mão de obra imigrante instaladas nas fazendas e nas indústrias urbanas (GODOY, 2018, p. 86-87). Cumpre ressaltar, ainda, que essa fase inicial do anarquismo no Brasil não foi configurada pela formação de federações ou de associações sindicais. Essa tendência se confirmaria nas primeiras décadas do século XX.

Contudo, principalmente na Capital Federal, observa-se tentativas de formações de sociedades operárias nos anos 1890, sendo reconhecidas por serem mais mutualistas que sindicais e nem sempre possuíam uma linha política bem definida. Por outro lado, apesar da presença de alguns imigrantes anarquistas nesta cidade, os primeiros grupos e jornais libertários apenas iriam surgir no final dessa década, como os periódicos: *O Despertar* (1898) e *O Protesto* (1898-90), ambos editados por pequenas associações que reuniam brasileiros, espanhóis e portugueses. Quanto aos movimentos reivindicatórios, à exceção da cidade de Santos, que experimentou uma importante greve entre os trabalhadores do porto (nos anos de 1891 e 1897), a maioria dos atos e das manifestações se “desenrolou no âmbito de empresas ou oficinas” (BATALHA, 2000, p. 23, 38-39).

Assim como em outros países, os anarquistas no Brasil defendiam, entre outros pontos, o antiestatismo, o federalismo, a rejeição à luta político-parlamentar, o anticlericalismo, a igualdade social e a liberdade baseada no fim de toda forma de opressão sobre o indivíduo. Outra característica que esse movimento assumiu na experiência brasileira foi a sua conformação em distintas vertentes. De maneira que o mais correto seria compreender o anarquismo, não como um movimento único e monolítico, mas composto por “ideias plurais e práticas baseadas na propaganda pela ação direta e meios de construção de uma sociedade libertária” (CÔRTEZ, 2006, p. 56).

Neste sentido, as correntes anarquistas podem ser divididas entre aqueles militantes contrários à formação de organizações (também conhecidos como individualistas) e os associacionistas. Os primeiros, *grosso modo*, rejeitavam toda e qualquer forma de organização política como instrumento de luta; enquanto os segundos entendiam ser crucial a existência de uma “estrutura organizativa mínima dentro da sociedade, sem que esta implicasse relações de autoridade e hierarquia” (ROMANI, 2002, p. 40-42). Essa última modalidade seria composta por seguidores das posições do russo Piotr Kropotkin (1842-1921) e do italiano Errico Malatesta (1853-1932), representantes da vertente que ficou mundialmente conhecida como anarcocomunista. Ainda entre os organizacionistas, havia os defensores do papel dos sindicatos no processo revolucionário. Seja como for, essas duas últimas propostas foram bem recebidas no Brasil e, ao longo do século XX, ampliaram consideravelmente o seu raio de atuação no território nacional.

A prática dos atentados anarquistas ocorridos em países como França, Espanha, Itália, Estados Unidos, Argentina e outros, não ganhou adeptos no Brasil, à exceção de alguns casos isolados. Boa parte dos grupos libertários, inclusive, repudiavam o terrorismo político e denunciavam a estratégia da grande imprensa e do Poder público em “atribuir aos anarquistas qualquer ato de violência”. Ainda assim, não se deve negar que muitos militantes aceitavam o “uso da violência para determinados momentos de insurreição popular que conduziria à revolução” (OLIVEIRA, 2009, p. 51-52).

Para finalizar esta seção, cabe esclarecer que a ideia do anarquismo como uma “planta exótica” – constante no título deste tópico – foi uma concepção anedótica desenvolvida e difundida pelas elites políticas brasileiras, no início do século XX, para explicar a impossibilidade do “florescimento” do acratismo no território nacional (ROMANI; BENEVIDES, 2019, p. 06). Ledo engano, pois, em menos de 20 anos, liderado por grupos anarquistas que atuaram dentro e fora dos sindicatos, o movimento dos trabalhadores organizou diversas greves, sendo a principal delas a Greve Geral de São Paulo, em julho de 1917.

3. UM PANORAMA DAS PRINCIPAIS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL: FINS DO SÉCULO XIX

Além das revoltas proletárias que grassaram nas principais capitais europeias, outro fenômeno social incomodava as elites políticas do século XIX. Se, por um lado, as contradições econômicas geradas pelo capitalismo despertaram o desejo pela resistência política da

classe trabalhadora, por outro, foram responsáveis pelo aumento vertiginoso da criminalidade nas zonas urbanas (HOBBSAWM, 2012, p. 318-322).

O crescimento da reincidência criminal no perímetro metropolitano estimulou a produção de inúmeras reflexões em torno do delito e do delinquente, já nas primeiras décadas do século XIX. Esses estudos foram produzidos por “cientistas sociais” de diferentes campos, e buscavam oferecer medidas para administrar a criminalidade por meio da estatística e de pesquisas sobre o perfil das classes criminosas (HORN, 2003, p. 8). Embora essas análises destacassem o papel dos fatores individuais para a prática do crime (como sexo e idade), de acordo com Richard Wetzell (2000, p. 28), nenhuma delas chegou a caracterizar os criminosos “como biologicamente diferentes da população em geral”.

A partir da segunda metade do Oitocentos, no entanto, a temática também despertou o interesse de médicos dedicados à compreensão dos sujeitos “desviantes” e das moléstias mentais, resultando na formulação de explicações teóricas multicausais sobre o crime, porém bastante focadas nas anormalidades corpóreas e psíquicas dos “criminosos”. Como ressaltou Marc Renneville, à luz do olhar médico, o delito mudou de *status*: “não era mais concebido como um pecado ou uma falha, mas como um ato irracional, uma espécie de ‘doença’ que assolava o ‘tecido social’” (RENNEVILLE, 2003, p. 204). Tais estudos, todavia, contribuíram para o processo de conformação da criminologia, enquanto campo do conhecimento científico, que buscou construir teorias, práticas, agendas e itinerários internacionais, impactando a intelectualidade de várias regiões do mundo (BECKER; WETZELL, 2006), inclusive no Brasil (ALVAREZ, 2002; FERLA, 2005; DIAS, 2015).

O aumento vertiginoso da criminalidade registrado nas últimas décadas do século XIX trouxe à tona as limitações do “direito penal clássico”⁷ para lidar com a temática da delinquência, uma vez que não oferecia às elites políticas europeias uma explicação para a questão da reincidência, além de ser incapaz de propor medidas de maior amplitude de combate ao crime, que não somente a aplicação de penas mais duras. Foi nessa conjuntura que se desenvolveram os primeiros discursos criminológicos, cujos principais propósitos foram relativizar o papel da vontade (livre-arbítrio) no cometimento da prática delitiva, transformar o criminoso em objeto central de suas análises, elencar fatores multicausais para o comportamento criminógeno e, segundo Luis Ferla (2005, p. 16), reconhecer na pena uma forma de tratamento e não mera punição.

Seguindo essas diretrizes, boa parte dessas formulações buscava identificar nos criminosos uma variação do gênero humano. Para tanto, os seus idealizadores pretendiam

7. Para os adeptos dessa corrente jurídica, a pena criminal simbolizaria uma espécie de retribuição pelo dano causado à vítima do delito. Baseando-se na teoria dos contratos do direito civil e na ideia de livre-arbítrio como fundamento principal para a punibilidade, defendiam que a sociedade estaria organizada por relações interpessoais de caráter contratual. Sendo assim, ocorrendo o descumprimento desse “contrato social” por meio da prática de um delito, as sanções penais objetivariam punir o delinquente e, com isso, retribuir o mal causado ao ofendido, além de servir como medida preventiva contra novas práticas criminosas. Cf.: NYE, 1984, p. 34; RENNEVILLE, 2006, p. 32; FONTELES NETO, 2016, p. 547; PAULA, 2011, p. 75-76.

organizar uma ciência que fosse capaz de descrever as desigualdades biológicas existentes entre os homens (ALVAREZ, 2002, p. 680). Essa necessidade resultou na construção de uma abordagem altamente especializada, pautada na observação do crânio, da pele, dos órgãos e da estrutura óssea com o intuito de revelar uma possível “inferioridade” inata (BECKER, 2006, p. 112-113).

A tentativa de estabelecer uma relação entre as características físicas do corpo e uma “vida propensa à criminalidade”, entretanto, não era basicamente uma novidade, já que outros ramos da medicina mental, como a frenologia e a cranioscopia, já haviam explorado a questão. Desenvolvidas inicialmente por Franz Joseph Gall (1758-1828) e depois aprimoradas por seu discípulo de origem alemã, Johann Spurzheim (1776-1832), essas duas ciências médicas deram importantes contribuições às teorias criminológicas produzidas tanto pela antropologia criminal quanto pelos criminólogos franceses (LANTERI-LAURA, 1994, p. 22-23).

Ao longo da segunda metade do século XIX, a ciência criminológica foi caracterizada por ser um movimento com diferentes vertentes e abordagens (KALUSZYNSKI, 2006, p. 310). Em diversas análises produzidas pela história social, tais divergências seriam caracterizadas por um binarismo estanque representado pelo antagonismo de duas “escolas”: de um lado, estariam os criminólogos franceses, defensores de abordagens etnográficas e sociológicas do crime; do outro, os representantes da antropologia criminal italiana, descritos como excessivamente focados nos corpos desviantes dos criminosos. Nas narrativas mais “whiggianas”, as teorias biodeterministas teriam sido superadas e derrotadas pelos sociólogos franceses: mais sutis e atentos ao meio social (HORN, 2003, p. 3).

O historiador estadunidense, David Horn, ressalta que esse binarismo entre as escolas “italiana” e “francesa” foi posto em discussão pela primeira vez pelos próprios atores que participaram dos debates criminológicos do final do século XIX. Horn (2003, p. 4) menciona, ainda, que essa bifurcação acabou sendo reforçada pela historiografia das décadas de 1970 e 1980, implicando a formulação de interpretações bastante reducionistas. Entretanto, essa oposição binária tem sido cada vez mais contestada por pesquisadores estrangeiros, que vêm relativizando as diferenças existentes entre ambas as “escolas”.⁸ Tais estudos têm demonstrado que, para os criminólogos franceses e italianos da segunda metade do Oitocentos, os crimes apresentavam explicações multicausais, o que rechaçaria a ideia de um único fator como elemento determinante para o comportamento criminoso (WETZELL, 2000; BECKER; WETZELL, 2006; MUCCHIELLI, 2006; KNEPPER, 2018).

Os primeiros estudos desenvolvidos no campo da antropologia criminal foram publicados na Itália pelo médico Cesare Lombroso (1835-1909) e pelos juristas Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1852-1934) (VILLA, 2013). Em 1876, Lombroso publicou

8. De acordo com Mucchielli, os médicos das últimas décadas do Oitocentos raciocinavam de maneira muito semelhante na Itália, na Alemanha e na Inglaterra; portanto, seria “difícil imaginar por que a situação deveria ter sido diferente na França”. Segundo o autor, “a suposta exceção francesa – especialmente a ‘concepção sociológica’ [...] desenvolvida por alguns historiadores franceses – já foi contestada” (MUCCHIELLI, 2006, p. 208).

a sua principal obra, *L'uomo delinquente*, na qual defendeu a “teoria do atavismo”. Anos mais tarde, em 1899, ele produziu um compêndio destinado ao grande público, intitulado *Le crime, causes et remèdes*, compilando todas as suas ideias no campo da criminologia (GIBSON, 2006, p. 141-142).

Em um primeiro momento, Cesare Lombroso compreendia o crime a partir do referido fenômeno do atavismo. Em outras palavras, o delito seria na verdade uma espécie de comportamento característico de seres humanos “inferiores” que, eventualmente, podia reaparecer em grupos sociais evoluídos. Havia, portanto, uma relação sistemática entre o “homem criminoso” e o “homem pré-histórico” (ou “homem selvagem”). As raízes desse atavismo poderiam ser atestadas pela morfologia de algumas regiões do próprio corpo do delinquente, que, segundo Lombroso, mantinham grandes semelhanças com aquelas encontradas em algumas plantas carnívoras, em roedores, em certos primatas e em fetos do *Homo sapiens* (SPIERENBURG, 2016, p. 384; KNEPPER, 2018, p. 54). A ação criminosa, ainda de acordo com o médico italiano, seria reflexo de uma loucura provocada pela “animalidade atávica” da qual os sujeitos não poderiam escapar. Essa conclusão serviu de base para a teoria do “delinquente nato”, expressão utilizada em alusão aos indivíduos predispostos ao “mundo do crime”. Contudo, a ideia de atavismo foi duramente criticada por seus adversários, sendo rapidamente abandonada. Em publicações posteriores, Lombroso optou por explicações etiológicas do crime bastante ecléticas, nas quais foram considerados fatores orgânicos, climáticos, geográficos e sociais (RAFTER et al., 2016, p. 70; MUSUMECI, 2018, p. 86).

Apesar dos ataques sofridos, os estudos lombrosianos atingiram tamanha popularidade que, no período compreendido entre as décadas de 1870 e 1940, foram apropriados, debatidos e contestados em diversos contextos nacionais. Em consonância com o papel de outros atores, Lombroso contribuiu ativamente para que a criminologia se constituísse em um campo interdisciplinar e transnacional (HENZE, 2009; VILLA, 2013, p. 10).

O processo de conformação da criminologia francesa também ocorreu a partir da segunda metade do século XIX. Assim como a antropologia criminal, esse movimento contou com a participação de atores com formação acadêmica diversificada; entre eles médicos, juristas, advogados, magistrados, teóricos sociais e autoridades políticas. Essa composição heterogênea teria concedido ao grupo um caráter bastante plural, resultando na formulação de distintas teorias dedicadas à compreensão do crime e do criminoso (NYE, 1984, p. 98).

Os seus principais representantes estavam localizados na cidade de Lyon e passaram a publicar os seus estudos no periódico organizado pelo médico Alexandre Lacassagne (1843-1924), intitulado *Archives de l'Anthropologie Criminelle*, que circulou entre 1886 e 1914 (KALUSZYNSKI, 2006, p. 303). Além de Lacassagne, fizeram parte dessa iniciativa os juristas René Garraud (1849-1930) e Gabriel Tarde (1843-1904).

De acordo com Marc Renneville, a maior parte dos criminólogos franceses desse período rejeitava as teses lombrosianas do atavismo e do “delinquente nato”. Apesar de reconhecerem a existência de anormalidades anatômicas ou fisiológicas nos criminosos, elas não lhes pareciam suficientemente frequentes para que pudessem inferir sobre a sua natureza

primitiva (“pré-histórica”). Sob forte influência da teoria da degeneração e das ideias neolamarckistas, davam grande importância às condições ambientais (a pobreza, as péssimas condições de trabalho, o clima, o alcoolismo, as doenças etc.) para a origem dos comportamentos desviantes (RENNEVILLE, 2005, p. 191).

O grande nome da criminologia francesa nesse contexto foi o médico Alexandre Lacassagne. Para ele, as condições sociais perniciosas teriam o condão de alterar, ao longo de várias gerações, a constituição orgânica do cérebro de um determinado indivíduo, resultando na alteração do comportamento e no aparecimento de condutas socialmente “desajustadas”. Por ser produto do *milieu social*, tal indivíduo também contribuía para a própria formação de um ambiente prejudicial, na medida em que ajudava a propagar, via transmissão hereditária, a degeneração. Lacassagne, portanto, sempre considerou em suas análises os fatores biológicos; mas, diferentemente de Lombroso, “ele via nas anomalias físicas e psíquicas dos criminosos as consequências de um meio social desfavorável [degenerado] [...] e não de fatores etiológicos da criminalidade” (RENNEVILLE, 2005, p. 193).

Entre o final do século XIX e início do século XX, na Europa, foram realizados alguns congressos de antropologia criminal, reunindo os maiores especialistas na temática. Ao todo foram oito fóruns internacionais planejados entre os anos de 1885 e 1914, tendo como sede as seguintes cidades: Roma (1885), Paris (1889), Bruxelas (1892), Genebra (1896), Amsterdã (1901), Turim (1906), Colônia (1911) e o último em Budapeste (1914), embora este nunca tenha ocorrido (KALUSZYNSKI, 2006; HENZE, 2009; DEL OLMO, 2017). Como salientado por Martine Kaluszynski (2006, p. 306, 307), essas reuniões foram locais de troca, de controvérsias científicas, de divulgação e de desenvolvimento do conhecimento criminológico, mas também de conflito de interesses e de poder, “onde adversários se enfrentaram ou se aliaram”, a partir de suas proposições teóricas.

No final do século XIX, as perspectivas criminológicas que vinham sendo debatidas na Europa também tiveram ampla repercussão intelectual no Brasil. A partir do exame das fontes documentais utilizadas neste artigo, foi possível inferir, que, tanto as proposições fornecidas pelos autores adeptos à antropologia criminal italiana, tais como Lombroso, Laschi, Garofalo, Ferri e Sighele, quanto as formulações desenvolvidas pelos criminólogos franceses, entre eles Lacassagne, Tarde, Garraud, Régis e Le Bon, circularam nos principais espaços de produção de saber jurídico: naquele momento, as Faculdades de direito existentes no país.

Contudo, como bem salientou Lila Caimari, ao analisar a recepção das teorias criminológicas na América Latina, esta influência não significou uma adoção acrítica e muito menos homogênea dessas ideias, pois:

“[...] foram recebidas, discutidas e processadas numa operação que também as colocou em contato direto com outros autores europeus – Ferri e Garofalo, é claro, mas também aqueles claramente contrários a Lombroso, como Lacassagne ou Tarde. Os estudiosos brasileiros, argentinos, cubanos e mexicanos conheciam bem o mundo em que se desenrolava o grande debate fundador da criminologia positivista. De perto ou de longe, eles estavam familiarizados com a oposição entre as hipóteses biológicas, as versões mais moderadas de Ferri e a escola francesa antilombrosiana” (CAIMARI, 2009, p. 3).

No Brasil, o pernambucano Tobias Barreto (1839-1899) foi considerado o primeiro jurista a ter publicado trabalho divulgando as teorias criminológicas defendidas por Lombroso, ao citar passagens do *Homem Delinquente*, em sua obra *Meninos e Loucos em direito criminal* (1884). Todavia, alguns estudiosos do direito penal consideram João Vieira de Araújo (1844-1922), professor da Faculdade de Direito do Recife, o pioneiro a mostrar-se “informado a respeito das novas teorias criminais”, como pode ser atestado por meio de suas aulas ministradas na referida Faculdade e no livro *Ensaio de Direito Penal ou Repetições Escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil*, lançado em 1894 (ALVAREZ, 2002, p. 683)⁹.

A partir da década de 1890, outros juristas brasileiros passaram a difundir os principais preceitos das teorias criminológicas em voga no circuito internacional. A apropriação dessas ideias não se deu de forma automática e tampouco limitou-se aos enunciados produzidos pela antropologia criminal italiana (CAULFIELD, 2000, p. 70). Em importante trabalho sobre o tema, Marcos Alvarez ressaltou vários autores nacionais daquele período, que buscaram tratar sobre as “criminologias positivas” em suas respectivas publicações, entre eles: Clóvis Beviláqua, José Higino, Paulo Egídio de Oliveira Carvalho, Raimundo Pontes de Miranda, Viveiros de Castro, Aurelino Leal, Cândido Mota, Moniz Sodré de Aragão, Evaristo de Moraes, José Tavares Bastos, Esmeraldino Bandeira, Lemos Brito etc. (2002, p. 684).

No final do século XIX, as teorias criminológicas também possuíram ampla repercussão entre os médicos brasileiros, especialmente aqueles dedicados ao estudo da medicina legal (SCHWARCZ, 2005, p. 209). Baseando-se nos conceitos lombrosianos e nas formulações de alguns autores franceses, o maranhense Raimundo Nina Rodrigues¹⁰, em sua obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894), expôs as possíveis consequências da aplicação das ideias defendidas pela “criminologia positiva” à realidade nacional, ressaltando as suas implicações no campo jurídico-penal. Para Nina, se “as características raciais locais influíam na gênese dos crimes”, consequentemente, toda a legislação penal “deveria adaptar-se às condições nacionais, sobretudo no que diz respeito à diversidade racial da população”. Partindo dessa premissa, elaborou críticas contundentes ao Código Penal de 1890, uma vez que esse instrumento normativo, de caráter liberal, defendia a aplicação das regras penais de maneira isonômica “a uma população amplamente diferenciada” (ALVAREZ, 2002, p. 694).

Não obstante o impacto do pensamento lombrosiano na intelectualidade médica e jurídica brasileira, o núcleo duro das teorias formuladas pelo criminólogo italiano passaram

9. Rosa Del Omo lembra que o Brasil foi o primeiro país “a publicar um livro com o título *Criminologia e direito*, escrito por Clovis Bevilacqua em 1896; mas *Los hombres de presa*, do argentino Luis María Drago, publicado em 1888, é considerada a primeira obra de criminologia latino-americana”, 2017, p. 33.

10. De acordo com Mariza Corrêa, a identificação de Nina com a teorias lombrosianas “teria feito o próprio Lombroso chamá-lo [de] ‘apóstolo da antropologia criminal no Novo Mundo’” (CORRÊA, 2001, p. 82).

a ser duramente atacadas por alguns autores. Nos últimos anos do século XIX, por exemplo, o baiano Afrânio Peixoto (1876-1947), aluno e discípulo de Nina Rodrigues, “rompia explicitamente com a hipótese atavística de Lombroso”, em sua tese de doutoramento pela Faculdade de Medicina da Bahia. De acordo com Peixoto, as características antropométricas e comportamentais encontradas nos delinquentes pelo médico italiano não deveriam ser compreendidas como as marcas do atavismo, mas enquanto sinais próprios aos caracteres raciais ou relativos aos hábitos das “classes populares (como a gíria e a tatuagem)” (CARRARA, 1998, p. 120).

No final do *Dezenove*, o crescimento da criminalidade e do fenômeno da reincidência atingiam os principais centros urbanos do país, como Rio de Janeiro e São Paulo. A intensificação desse tipo de conflito social explica-se, sobretudo, em virtude do aumento populacional¹¹ provocado tanto pelo fim da escravidão e pelo intenso fluxo de migrantes nacionais e estrangeiros, como também em razão de um processo caótico de ocupação das cidades. Diante desse cenário, a emergência do regime republicano foi percebida por muitos intelectuais e pelas elites políticas como o momento propício para a execução de amplas reformas, que abarcassem, entre outras medidas, a reformulação do ordenamento jurídico-penal, seguindo os preceitos fornecidos pelos debates criminológicos (ALVAREZ, 2002).

Nos últimos anos do século XIX, diversos juristas foram responsáveis pela proposição de teorias explicativas sobre os comportamentos “desviantes”, e, não raro, apontaram a necessidade de implementar providências reformadoras. Entre os sujeitos que necessitariam de um tratamento médico-jurídico diferenciado¹², os anarquistas, e demais indivíduos considerados subversivos, insubordináveis e revoltados, passaram a ser, cada vez mais, objeto de interesse dos criminólogos brasileiros.

4. OS DEBATES JURÍDICO-CRIMINOLÓGICOS E OS ANARQUISTAS NO CONTEXTO BRASILEIRO NA DÉCADA DE 1890

Os ânimos políticos estavam exaltados nos anos seguintes à Proclamação da República. A substituição de Deodoro da Fonseca (1827-1892) por Floriano Peixoto, em 1891, apenas aumentaria a crise institucional e o radicalismo dos grupos envolvidos em disputas pelo controle do poder (FLORES, 2008, p. 62). O congresso Nacional, recém-reformulado para o novo regime, havia sido fechado por Deodoro por meio de estado de sítio, decretado em

11. Murilo de Carvalho apontou alguns dados demográficos sobre a cidade do Rio de Janeiro na conjuntura apontada. Segundo o autor, em termos absolutos, tem-se que a população quase dobrou entre 1872 e 1890, passando de 266 mil a 522 mil. A cidade teve ainda de absorver uns 200 mil novos habitantes na última década do século. Só no ano de 1891, entraram 166.321 imigrantes, tendo saído para os estados 71.264. Este enorme influxo populacional fazia com que, em 1890, 28,7% da população fosse nascida no exterior e 26% dela viesse de outras regiões do Brasil. Assim, apenas 45% da população era nascida na cidade, CARVALHO, 1987, p. 16-17.

12. Como também as mulheres, os menores, os loucos etc.

novembro daquele ano. Meses antes da intervenção do presidente no Poder legislativo, o senador pelo estado da Bahia, Virgílio Damasio (1838-1913), teceu críticas contundentes aos desmandos de Deodoro, em uma sessão realizada em julho de 1891. Na ocasião, o político, que era médico formado pela Faculdade de Medicina da Bahia, e exercia o segundo mandato no cargo, alertava que o governo provisório era constituído por “fraquezas censuráveis, erros grandes e negligências”, responsáveis por ferirem profundamente “os intuítos e os princípios republicanos”. Essas ações, segundo Damasio, traziam riscos à Constituição e descrédito às instituições republicanas (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1891).

Em tom conciliador, o senador Damasio destacava a necessidade da estabilidade política para o crescimento econômico da nação. A crise que afetava o setor poderia gerar altas taxas de desemprego entre a classe trabalhadora, ficando reféns das “agitações socialistas”. Fazendo uso da dicotomia apresentada por Lombroso e pelo advogado Rodolfo Laschi, o político mencionou a distinção existente entre a mera “agitação” e a verdadeira “revolução socialista”, pautada na “progressão natural da humanidade, sendo uma fase [natural] de seu progresso”. Enquanto a segunda representaria um caminho a ser seguido pelas sociedades dentro da “normalidade”, a primeira deveria ser compreendida como o “desvirtuamento, a perversão, a monstruosidade socialista”, que, desprovida de princípio, se manifesta em ocasiões de dificuldades sociais, sendo agravada “pelo tumulto, pelo roubo, pelo morticínio, também chamado de fenianismo, nilismo ou anarquismo” (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1891). Para o senador, os desgovernos praticados pelo chefe do Executivo poderiam ensejar no desejo de retorno à monarquia, assim como na disseminação, no solo brasileiro, dos “germes do anarquismo”. Invocando a sua autoridade de médico, Damasio alegou, também, que o sistema monárquico havia sucumbido em toda a Europa dando lugar aos governos republicanos:

“Não receio que os desmando da República possam trazer a restauração da monarquia, ou a implantação dos germes do anarquismo, planta exótica, como sempre foi tida em nosso solo: uma vez arrancada é impossível replantá-la. [...]

De mais a monarquia, mesmo na Europa, dia a dia perdendo forças; falando como médico, eu diria que ela está muito mal de saúde, está gravemente doente, vai arrastando seus últimos dias e, estou disto convicto com os primeiros albores do século 20 em toda a Europa a República se instalará definitivamente” (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1891, p. 94).

No início do mandato de Floriano Peixoto, a instabilidade política iria assumir contornos alarmantes. Logo no início de 1892, no dia 19 de janeiro, a oposição florianista tomou as fortalezas de Laje e Santa Cruz, localizadas na cidade do Rio de Janeiro. Mas com a prisão do líder dos militares exaltados, rapidamente a rebelião foi abafada. Em resposta a outra ação antiflorianista, ocorrida no mês de abril, Peixoto decretou estado de sítio por 72 horas e deteve os envolvidos. Ao se pronunciar sobre a conjuntura conturbada, o Presidente argumentava que o período de exceção e suspensão dos direitos e garantias individuais, justificava-se enquanto medida para repelir a “intimação da deposição,

proclamada pelos oradores que dirigiam a turbamulta dos anarquistas”, essa “multidão apaixonada” (BRASIL, *Mensagem dirigida ao...*, p. 06).

É claro que os anarquistas os quais o presidente Floriano estava se referindo em seu discurso não eram os militantes que professavam as ideias do socialismo libertário, mas sim um grupo de militares opositores ao seu governo. Mesmo que em decorrência dos exageros da retórica, é nítida a aproximação do termo ao sentido de rebeldes “incendiários”. Dito de outra forma, indivíduos agrupados pelas “paixões coletivas”, que “exacerbavam os ânimos em uma espécie de epidemia”, exatamente como nas considerações feitas por criminólogos estrangeiros a respeito dos “delírios coletivos”¹³.

Enquanto as tensões tomavam conta da vida política na Capital Federal, em agosto de 1892, o senador pelo estado do Paraná, Ubaldino do Amaral (1843-1920), trazia ao plenário daquela Casa a discussão de um projeto de lei, visando à imigração chinesa para o Brasil como mão de obra destinada ao trabalho nas lavouras localizadas ao Sul do país. Ubaldino, que era formado em direito pela Faculdade de São Paulo e adepto aos princípios liberais, defendia o “direito de livre entrada e saída” a qualquer estrangeiro que quisesse permanecer em território nacional (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1892).

Ainda de acordo com o senador paranaense, como a ameaça da “raça chinesa” não causaria danos a outros países, como a Inglaterra e os Estados Unidos, não haveria razões para se preocupar com um “fantasma um tanto afastado”, isto é, com “o socialismo da pior espécie”, que, de acordo com os seus colegas de plenário, acabaria sendo trazido ao país pelos “maus estrangeiros”. Ubaldino estava se referindo ao “anarquista, que não conhece e nem obedece às leis”. Um “perigo insano”, segundo ele, sem precedente entres os trabalhadores brasileiros (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1892). Apesar da sua argumentação e empenho, a votação acabou sendo adiada para outra ocasião.

O tema da entrada de estrangeiros no país foi bastante debatido entre o final do *Dezenove* e início do século XX. A imigração dos chineses também fora objeto de consideração de Campos Sales (1841-1913), então senador da República pelo estado de São Paulo. Após um desentendimento político com o presidente Floriano, Sales decidiu afastar-se momentaneamente da vida pública, e partiu para uma viagem ao exterior que se prolongaria por todo o ano de 1893, passando escrever artigos publicados no *Jornal Brasileiro*, que posteriormente seriam compilados e reunidos no livro *Cartas da Europa* (1894). O político mostrou-se surpreso com as inúmeras greves promovidas pelos operários franceses, inspirados pelo anarquismo. Por outro lado, alertava sobre o uso da dinamite e acerca da reação delineada pelos poderes públicos para reprimir os atentados (SALLES, 1894, p. 39). De acordo com Sales, esse movimento havia se tornado uma “perniciosa influência, já poderosa, a todas as classes e a todas as regiões sociais”. Diante desse cenário, recomendou cautela aos legisladores no momento em que fossem discutir sobre a imigração estrangeira, em especial a chinesa. Ainda segundo ele, “as complicações da questão operária, que cada vez mais

13. Entre eles, o próprio Lombroso, Gabriel Tarde e o italiano Scipio Sighele, em sua obra *A Multidão criminoso* (1891). Sobre a circulação desses debates no Brasil, ver: MONTEIRO, 2016.

se agrava”, ameaçando a Europa com “um cataclisma tremendo em época talvez não muito remota”. Os baixos salários oferecidos aos trabalhadores, concluiu o senador, “faz anunciar, com os pródromos sinistros do anarquismo, a terrível doença avançada do socialismo, que ameaça a sociedade de uma subversão completa” (SALLES, 1894, p. 47, 85-86).

O Estado de sítio decretado por Floriano, em abril 1892, acabou resultando na prisão infundada de inúmeros opositores. Alguns dos detidos impetraram *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, naquele momento instância máxima do judiciário. Entre os meses de junho e setembro, as sedições explodem no Brasil, principalmente no Sul com o movimento federalistas, sob a liderança de Júlio de Castilhos, “num prelúdio de guerra civil” (FLORES, 2008, p. 62-63 e 65). No ano seguinte, a Marinha (também conhecida como *Armada*) rebelou-se contra o governo do presidente Floriano Peixoto, que, por esse motivo, decretou novamente, no dia 10 daquele mesmo mês, o estado de sítio. Nessa conjuntura extremamente conturbada, iniciada com a Revolta da Armada, o poder Executivo promulgou o “primeiro decreto republicano referente às expulsões de estrangeiros” (BONFÁ, 2008, p. 29 e ss.), ficando estabelecido que:

“Art. 1º A entrada de estrangeiros poderá ser proibida durante o estado de sitio.

Art. 2º Fica proibida a entrada de estrangeiro mendigo, vagabundo, atacado de moléstia que possa comprometer a saúde pública ou suspeito de atentado cometido fora do território nacional contra a vida, a saúde, a propriedade ou a fé pública.

[...]

Art. 4º Podem ser expulsos:

[...]

c) os que, por qualquer outro modo que não a imprensa, se tornarem culpados de excitação á perpetração de infracções contra a segurança e a tranquilidade públicas, ainda que tais excitações não sejam puníveis segundo a lei territorial;

d) os que pela imprensa ou por outro meio incitarem a desobediência às leis ou à revolta e guerra civil, ou excitarem ódio ou atos de violência entre ou contra as diversas classes sociais, de modo perigoso à segurança ou à tranquilidade públicas;

e) os que, por sua conduta, comprometerem a segurança da União ou dos Estados;

[...]

g) os que por qualquer modo, ainda que no exercício de profissão, indústria ou outro gênero de trabalho, permitido por conta própria ou alheia, procederem de modo a provocar ou aumentar o mal-estar público, ou a criar embaraços à tranquilidade e regularidade dos negócios e da vida social” (BRASIL, *Regula a entrada...*, 1893).

O decreto, em razão da abrangência das hipóteses elencadas em seus artigos, acabou permitindo a expulsão sumária de qualquer estrangeiro, minimamente suspeito de envolvimento com ações consideradas subversivas. Sendo assim, também não houve tolerância para com os imigrantes libertários que se encontravam no país. A pecha de “anarquista” seria recorrentemente utilizada para justificar a deportação, ainda que a prática de militância não ficasse devidamente comprovada (LEAL, 2006, p. 9).

As informações prestadas pelo ministro da Justiça e Negócios Interiores, Fernando Lobo (1851-1918), em abril de 1892, são reveladoras das medidas repressivas que vinham sendo gestadas pela polícia do Rio de Janeiro, visando coibir a propagação do anarquismo. Vale acompanhar de perto o teor do relatório:

“Anarquista. – Dada denúncia de que existiam nesta Capital diversos indivíduos estrangeiros, foragidos de França, que procuravam estabelecer uma sociedade anarquista entre a classe dos operários, o chefe de polícia providenciou com a precisa reserva e, procedendo-se as necessárias diligências, foram apreendidos grande porção de folhetos e jornais espanhóis, italianos e franceses, destinados a serem distribuídos para melhor propagação da ideia.

Efetuada a prisão dos principais membros da sociedade – [...], solicitou aquela autoridade ordem de deportação para tais indivíduos, dois dos quais já seguiram para fora do território da Republica, aguardando os outros a precisa oportunidade (BRASIL, *Relatório...*, 1893, p. 27).

A constante presença de estrangeiros envolvidos com o anarquismo na Capital Federal, como visto no relato supra, também chamou a atenção do então ministro das Relações Exteriores, Carlos Augusto de Carvalho (1851-1905). Em 1894, Carvalho alertou o Congresso sobre a necessidade de editar leis processuais penais, que viabilizassem uma prestação jurisdicional eficiente e assim desmantelassem as ações praticadas pelos grupos subversivos. Invocando os precedentes existentes no direito comparado (isto é, em outros países), recomendou ampliar as disposições da Lei 2.615 de 4 de agosto de 1875¹⁴, “de modo a dar à justiça federal competência para julgar os crimes de anarquismo onde quer que tenham sido praticados” dentro do território nacional (BRASIL, *Relatório...*, 1895, p. 15).

Nessa mesma conjuntura, o tema do delito político, e mais especificamente a prática de militância do anarquismo, passou a integrar o campo de estudo dos penalistas brasileiros, sobretudo a partir das teorias criminológicas. Em 1894, o magistrado formado pela Faculdade de Direito do Recife, Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906), publicou a sua obra *A nova escola penal*, cujo intuito do trabalho foi reunir as principais teorias desenvolvidas pela antropologia criminal. Para o jurista, as proposições italianas possuiriam lugar de destaque entre as formulações que vinham sendo desenvolvidas entre os estudiosos das ciências criminais.

Ao tratar dos delitos políticos, Viveiros de Castro afirmou que somente a plena liberdade de opinião tornaria desnecessário “os ataques e as provocações de caráter político”. Somado a isso, a existência de uma lei eleitoral eficaz deve ser entendida como o único remédio para inviabilizar os crimes desse gênero. A combinação desses dois elementos seria capaz de arrefecer “os excessos das multidões”, acalmando “a efervescência das paixões” (CASTRO, 1913, p. 76-77).

14. Lei editada durante o Império, que regulava o processo e julgamento de crimes cometidos em país estrangeiro contra o Brasil e os brasileiros.

Para o autor, o que de fato deve ser evitado é o enfraquecimento da autoridade do Estado. Segundo o jurista, “gatunice urbana” em tempos anormais, como nas revoluções e nas guerras civis, acarretaria o nascimento de “seitas terríveis, que espantam o mundo”. Baseando-se nos estudos de Gabriel Tarde sobre os delitos coletivos, ressaltou que o instinto da maldade, durante as grandes revoltas, assumiria o contorno de uma epidemia, alastrando-se e contaminando toda a população de um determinado país (CASTRO, 1913, p. 98-99).

Ainda fazendo coro ao pensamento de Tarde, Viveiros de Castro deu destaque à teoria elaborada pelo francês sobre a propagação do crime pela imitação, comentando que esta não agiria exclusivamente sobre um único indivíduo, mas influenciaria “grandemente as multidões”. Para ilustrar a hipótese ventilada, citou o caso de “um célebre anarquista, que é também célebre escritor”, preso várias vezes por causa de suas ideias políticas: “o príncipe Kropotkin”. De acordo com o militante russo, as crianças parisienses, de 14 a 16 anos, observavam “os criminosos célebres com uma admiração mesclada de entusiasmo e de respeito”, e a partir disso imitavam os gestos dos delinquentes como o modo de falar, “os *tics* de fisionomia” e as ações transgressoras (CASTRO, 1913, p. 102 e 332-333).

Outro grande representante da “nova escola penal” no Brasil a tecer algumas considerações sobre os crimes políticos foi o jurista Aurelino Leal (1877-1924), formado em direito pela Faculdade da Bahia. Entre os inúmeros temas abordados em seu livro *Os Germes do Crime* (1896), cabe destacar as suas ponderações acerca do conceito de “tentativa” à luz das teorias criminológicas. De acordo com Leal, a impunidade da intenção criminosa, nos casos de “tentativa frustrada por impropriedade de meios ou de objeto”, poderia ser considerada como “um germen primordial” para a proliferação da criminalidade (LEAL, 1896, p. 20).

Dito de outra forma, de acordo com a teoria do crime, todo delito possuiria quatro fases. São elas: 1ª fase – atos de cogitação; 2ª fase – preparação; 3ª fase – execução e, finalmente, a 4ª fase – consumação. Para o direito penal clássico, a ação delituosa apenas seria punível da terceira fase em diante; isto é, na hipótese do agente, tendo iniciado a sua execução e, por alguma razão, não vier a consumir o crime, poderá ser condenado na modalidade “tentada”. No entanto, havendo a desistência ou estando impedido de prosseguir ainda nas duas primeiras etapas, poderá ser absolvido (LEAL, 1896, p. 119). Já para os interlocutores do “direito penal positivo”, como Aurelino Leal, todas as etapas seriam passíveis de punição. O jurista lembra que o interesse de estudo da criminologia é o criminoso e não a ação delituosa. Se o criminoso é um sujeito biologicamente condenado a uma “vida delinquente”, o ideal seria antever os possíveis riscos sociais em manter solto alguém que, inexoravelmente, no futuro, irá cometer novos delitos (LEAL, 1896, p. 122 e 124).

A perspectiva defendida pela “nova escola penal”, portanto, cairia como uma “luva” nos casos dos delitos políticos, uma vez que abriria um precedente teórico que permitiria punir os “subversivos” mesmo antes do início da execução do fato criminoso. Diante disso, a mera intencionalidade já seria punível. No caso dos anarquistas, as reuniões operárias, a publicação de propagandas revolucionárias nos jornais libertários, as campanhas visando à organização de greves, entre outras atitudes, tudo isso, por si só, já seria passível de punição (LEAL, 1896, p. 140-141).

Outro jurista que aplaudiu essa perspectiva do “direito penal positivo” em torno do tema da tentativa foi Clovis Bevilacqua (1859-1944), em seu livro *Criminologia e Direito* (1896). Para o bacharel formado na Faculdade de Direito do Recife, não haveria “excesso de rigor neste modo de ver dos criminologistas italianos”. Citando Gabriel Tarde, justificou dizendo que, “se a tentativa, revelando uma tendência criminosa, assinala um perigo social, é certo que, havendo execução, este perigo é duplo”, pois estariam presentes o “hábito criminoso” acrescido de um “criminoso dado” (BEVILAGUA, 1896, p. 44-45).

Nos casos envolvendo a prática do anarquismo, a punição dos atos preparatórios havia se tornado uma tendência no direito comparado (Cf.: LOUBAT, 1896). Embora na década de 1890 este movimento ainda fosse bastante incipiente no Brasil, as autoridades republicanas, preocupadas com o aumento de anarquistas estrangeiros pelo interior de São Paulo e na Capital Federal, optaram por seguir a tendência internacional. Neste sentido, ainda em 1896, o governo brasileiro, na figura do então ministro das Relações Exteriores no governo de Prudente de Moraes (1894-1898), Dionísio E. de Castro Cerqueira (1847-1910), deu início às discussões para elaboração de um tratado com a Argentina, regulando o “asilo e a extradição de Criminosos” (BRASIL, *Relatório...*, 1897). Na ocasião, no artigo 8º do modelo confeccionado pelos países signatários, ficou assentado que seriam punidos como crimes tentados a preparação e a premeditação “dos atos delituosos ou de anarquismo” dirigidos contra as bases de toda organização social, que atentassem contra “a propriedade pública ou privada por incêndio, explosão, inundação, roubos, especialmente os cometidos à mão armada com violência” (BRASIL, *Relatório...*, 1897).

Naquele ano de 1896, a imigração estrangeira foi novamente colocada em pauta no Senado para a discussão, na sessão do dia 11 de setembro. O senador pelo estado do Mato Grosso, Aquilino do Amaral (1845-1911), pediu a palavra para comentar alguns pontos do Projeto de Lei 34, que julgou controversos. De acordo com Amaral, seria inaceitável a proibição de desembarque dos imigrantes sem recursos financeiros para sua subsistência. Em seu argumento, afirmou que “a pobreza não é um vício”, de modo que essa questão não poderia obstar a entrada do trabalhador alienígena (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1897a).

Em resposta, o senador pelo estado do Piauí, Coelho Rodrigues (1846-1912), colocou-se contrário à hipótese levantada por Aquilino do Amaral, ratificando a necessidade do “meio de subsistência” como requisito indispensável para a entrada do estrangeiro em território nacional. Para o político, tal medida restringiria a chegada de anarquistas, e com isso evitaria que o país tomasse um “triste caminho, que já nos tem custado tão caro”, principalmente “à nossa dignidade nacional e à nossa segurança” (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1897a).

Na sessão seguinte envolvendo o mesmo tema, realizada no dia 17 daquele mês, o então senador pelo estado de São Paulo, Manoel de Moraes e Barros (1836-1902), pediu a palavra iniciando um intenso debate entre os congressistas. Para Barros, a imigração era “questão capital de vida e de prosperidade” para a nação. Baseando os seus argumentos nos pressupostos liberais, afirmou que não caberia ao poder público criar empecilhos para a entrada de estrangeiros. Por outro lado, julgou que a imigração é “boa e proveitosa para este enorme

país”, cujo futuro dependeria da aquisição “dos braços destinados a extrair de suas férteis terras a enorme riqueza aí oculta e desaproveitada” (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1897b).

Em resposta às considerações feitas por Moraes e Barros, o senador João Barbalho (1846-1909) advertiu do perigo de manter abertas as fronteiras para “qualquer tipo de gente”, inclusive aos “anarquistas ensandecidos”. O congressista paulista, por sua vez, contra-argumentou dizendo que, vivendo no Brasil, com tanto solo fértil, esses indivíduos seriam “regenerados” e abandonariam os seus ideais revolucionários, passando a colaborar com a prosperidade da nova pátria. Contudo, Barbalho se manteve cético, alegando tratar-se de pessoas incorrigíveis. Eis o debate na íntegra:

“O Sr. MORAES BARROS – [...] Tenho toda a imigração por boa e proveitosa. Como toda e qualquer imigração, lucra o país.

O SR. JOÃO BARBALHO – Até a dos anarquistas?

O Sr. MORAES BARROS – [...] Mesmo dos anarquistas não tenho grande medo.

O Sr. COELHO RODRIGUES – Pois é corajoso!

O Sr. MORAES BARROS – Tanta fé, tanta confiança tenho em nosso país, na nossa facilidade de vida, que o anarquista europeu, transportado para estas regiões, achando aqui vida tão fácil, podendo com tanta facilidade viver na abundância, abandonará essas ideias de destruição, e colaborará conosco na construção da prosperidade de sua nova pátria.

O Sr. COELHO RODRIGUES – O uso do cachimbo faz a boca torta.

O SR. MORAES BARROS – Por isso mesmo dos anarquistas não tenho grande medo. Será melhor não tê-los, mas quando vierem, creio, aqui só regenerarão e adotarão as boas normas da vida honesta do trabalho.

Não receio que o elemento estrangeiro venha suplantar o nacional. Este, predominará sempre” (BRASIL, *Anais do Senado Federal...*, 1897b).

No ano seguinte, o político e advogado Rui Barbosa (1849-1923) fez um pronunciamento no congresso realizado pelo Partido Republicano Conservador da Bahia. Para Rui, o anarquismo e o niilismo deveriam ser compreendidos como os maiores “dissolventes da ordem social”, que colocavam em risco a segurança da Europa e ameaçava o continente americano (BARBOSA, 1897, p. 29). A partir da relação crime e germes, o político advertiu que as nações deveriam manter-se em alerta, uma vez que esses casos esporádicos da prática do anarquismo no país “prenunciam e preparam a endemia, cujos elementos se implantam e lavram nas camadas menos visíveis do organismo, até que o envolvam, e subjuguem”. Ademais, complementou dizendo que nenhum tipo de associação, partido, autoridade ou povo “tem o direito de opor outras armas que não as da contrapropaganda, as da resistência moral” (BARBOSA, 1897, p. 80-81).

Três meses após os discursos proferidos por Rui Barbosa, a Câmara dos Deputados, em sessão do dia 19 de agosto de 1897, aprovou um tratado celebrado entre o governo brasileiro e o Chile, cujo intuito era regulamentar a extradição de criminosos. O acordo bilateral seguiu os mesmos moldes do pacto firmado com a Argentina um ano antes. Além de

tipificarem como crime consumado algumas ações preparatórias, o documento inovou ao equiparar “os atos de anarquismo dirigidos contra as bases da organização social” aos delitos comuns, retirando-os, assim, da seara dos ilícitos políticos (BRASIL, *Anais da Câmara...*, 1898).

Paralelamente à preocupação com a chegada do anarquismo no país, a década de 1890 terminaria em meio ao tumultuado processo de transição de governo com a vinda do novo presidente Campos Sales, eleito em 1898, para um mandato que durou quase cinco anos (1898-1902). O início do século seguinte foi marcado pela agitação das classes populares urbanas, “ampliadas por um incipiente, mas crescente aumento das atividades industriais, pressionadas por preços altos e carestia”, resultantes de uma inflação em permanente ascensão. Apesar dessa conjuntura política e econômica, Sales começou a dar forma ao “arranjo político a que denominará de ‘política dos estados’ e que ficará conhecido como ‘política dos governadores’”, e foi responsável por determinar as disputas eleitorais ao longo de toda a primeira República (RESENDE, 2008, p. 112-114).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na segunda metade do século XIX, o crescimento das ações radicais levou o anarquismo ao centro dos debates criminológicos que ocorriam na França, na Itália, na Alemanha, na Espanha e em outras regiões da Europa. Baseando-se em teorias pautadas na relação entre crime e loucura, as formulações produzidas por Lombroso, Laschi, Garofalo, Lacassagne, Régis, entre tantos outros, tiveram por objetivo traçar explicações multifatoriais para o fenômeno do anarquismo (como a raça, as condições hereditárias, fatores climáticos, geográficos, antropológicos e os aspectos sociais), bem como oferecer meios para conter a propagação das ideias libertárias. Em boa parte dessas análises, os referidos criminólogos buscaram inserir a figura do anarquista na seara dos “desvios” mentais e comportamentais.

Além disso, vale ressaltar o papel desses “intelectuais do mundo do crime” na tarefa de inscrever o comportamento dos anarquistas nas principais agendas criminológicas do *Dezenove*, como a questão da periculosidade; as discussões em torno da natureza jurídica da prática do anarquismo, isto é, se um “crime contra a organização social” ou um delito político; e, finalmente, o tema das medidas punitivas e de profilaxia. Neste quesito, os criminólogos em geral defendiam ações plurifacetadas, podendo abarcar tanto providências repressivas como também a implementação de reformas sociais.

Tendo isso em vista, o objetivo deste artigo foi, em um primeiro momento, apresentar e analisar as inserções dessas teorias em torno da questão do anarquismo nos debates jurídicos brasileiros do final do século XIX; e, em uma segunda etapa, pretendeu-se examinar a circulação desses discursos criminológicos pelos membros do Congresso Nacional, nos anos iniciais do regime republicano.

No que tange às práticas discursivas no âmbito jurídico, buscou-se mostrar que, na década de 1890, diversos juristas e penalistas brasileiros, entre eles Francisco José Viveiros

de Castro (1894), Aurelino Leal (1896), Clovis Bevilacqua (1896) e Rui Barbosa (1897), tinham ciência dos debates criminológicos estrangeiros, nos quais os anarquistas, os criminosos políticos e os revolucionários emergiram como objeto de estudo. Cabe assinalar, no entanto, que uma parte desses autores acabou enfrentando a questão de forma um tanto genérica – isto é, a partir dos termos: “os revoltados”, “os delinquentes políticos” ou “os revolucionários” – sem mencionar explicitamente o movimento libertário. A razão disso parece óbvia: como visto na segunda parte deste artigo, por essa época as ideias e as práticas do anarquismo encontravam-se em processo de inserção entre os trabalhadores no Brasil. Diante dessa realidade de incipiência, o acratismo não foi analisado com a devida acuidade por alguns doutrinadores do direito; mesmo assim, a preocupação com os anarquistas já se fazia presente nos estudos dedicados à compreensão dos indivíduos considerados socialmente criminosos, publicados no início da República.

Em relação aos debates parlamentares, a partir dos casos apresentados, constatou-se como as práticas discursivas em torno da “anormalidade” e da “periculosidade” dos anarquistas foram frequentemente mobilizados por vários políticos (deputados e senadores), para convencer seus pares da necessidade de implementar ações repressivas contra quaisquer ameaças à ordem social ou ao proletariado. A apropriação de um léxico criminológico para fazer referência ao movimento anárquico – do tipo: “indivíduo perigoso”, “anarquistas ensandecidos”, “multidão apaixonada”, “paixões coletivas” etc. – não se deu de forma despretensiosa e tampouco apenas como retórica, mas foi fruto da circulação das teorias criminológicas acerca dos delitos políticos entre muitos congressistas. Vale mencionar que boa parte deles possuía formação em direito (SIMÕES NETO, 1983, p. 345 e 357), e certamente tinham contato com essas discussões por meio de artigos, conferências, traduções e manuais, publicados pelos interlocutores da chamada “criminologia positiva”.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADDOR, Carlos A. *A insurreição anarquista no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Dois pontos, 1986.
- ADDOR, Carlos A. *Um homem vale um homem: memória, história e anarquismo na obra de Edgar Rodrigues*. 2012. Tese (Doutorado em História), Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2012.
- ADDOR, Carlos A.; SANZ, Luiz Alberto; SAMIS, Alexandre (Org.). *História do Anarquismo no Brasil*. São Paulo: Entremares, 2021. v. 3.
- ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados*, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002.
- ANSOLABEHERE, Pablo. El hombre anarquista delincuente. *Revista Iberoamericana*, v. 71, n. 211, p. 539-553, 2005.
- BANTMAN, Constance; ALTENA, Bert (eds.). *Reassessing the Transnational Turn: Scales of Analysis in Anarchist and Syndicalist Studies*. Oakland: PM Press, 2017.
- BARBOSA, Rui. *Obras Completas de Rui Barbosa*, 1897. t. 1. v. 24.

- BATALHA, Claudio. *O movimento operário na Primeira República*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2000.
- BECKER, Peter. The Criminologists' Gaze at the Underworld. In: BECKER, P.; WETZELL, R. F. (Org.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 105-133.
- BECKER, Peter; WETZELL, Richard. Introduction. In: BECKER, P.; WETZELL, R. F. (Org.). *Criminals and their scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Washington, DC: Cambridge University Press, 2006. p. 1-22.
- BENEVIDES, Bruno Corrêa de Sá e. "Mal-estar social... uma agitação demoníaca": o anarquismo segundo a criminologia do médico francês Alexandre Lacassagne. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, v. 30, p. e2023002, 2023.
- BERRY, David; BANTMAN, Constance (Org.). *New perspectives on anarchism, labour and syndicalism: the individual, the national and the transnational*. Newcastle upon Tyne, UK: Cambridge Scholars Pub, 2010.
- BEVILAQUA, Clovis. *Criminologia e Direto*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896. p. 44-45.
- BONFÁ, Rogério Luis Giampietro. "Com lei ou sem lei": as expulsões de estrangeiros e o conflito entre o Executivo e o Judiciário na Primeira República. 2008. 179 f. Dissertação (Mestrado em História), Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, Campinas, 2008.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Anais da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. Sessão do dia 19 de agosto de 1897. v. 4.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Anais do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891 (Apêndice). Sessão do dia 27 de julho de 1891.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Anais do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892. Sessões de 16 de julho a 15 de agosto de 1892. v. 3.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Anais do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897a. Sessão do 11 de setembro de 1896. v. 4.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Anais do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897b. Sessão do dia 17 de setembro de 1896. v. 5.
- BRASIL. *Mensagem dirigida ao Congresso Nacional pelo Marechal Floriano Peixoto, vice-presidente dos Estados Unidos do Brasil*. Por ocasião de abrir-se a 2ª sessão ordinária da 1ª legislatura. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892.
- BRASIL. Ministério da Justiça (Ministro Fernando Lobo). *Relatório dos anos de 1892 e 1893 apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil em abril de 1893*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. Disponível em: [brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1899/000002.html]. Acesso em: 19.11.2019.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores (Ministro Carlos Augusto de Carvalho). *Relatório do ano de 1894 apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil em maio de 1895*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1895. Disponível em: [brazil.crl.edu/]. Acesso em: 19.11.2019.

- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores (Ministro Dionísio E. de Castro Cerqueira). *Relatório do ano de 1896 apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil em 14 maio de 1897*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1897. Disponível em: [brazil.crl.edu/]. Acesso em: 19.11.2019.
- CAIMARI, Lila M. La antropología criminal y la recepción de Lombroso en América Latina. In: MONTALDO, S.; TAPPERO, P.; BENEDUCE, R. (Org.). *Cesare Lombroso cento anni dopo*. Turin, Italy: UTET libreria, 2009. p. 233-271.
- CALAFATO, Trevor. “Gli Anarchici and Lombroso’s theory of political crime”. In: KNEPPER, P.; YSTEHEDE, P. (Org.). *The Cesare Lombroso handbook*. London; New York: Routledge, 2013. p. 47-71.
- CAMPOS MARÍN, Ricardo. *La sombra de la sospecha*. Peligrosidad, psiquiatria y derecho en España (siglos XIX y XX). Madrid: Catarata, 2021.
- CARONE, Edgard. *A primeira República*. (texto e contexto). 3. ed. São Paulo: Difel, 1976.
- CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: Edusp, 1998.
- CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
- CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1913.
- CAULFIELD, Sueann. *Em defesa da honra: moralidade, modernidade e nação no Rio de Janeiro (1918-1940)*. Campinas: Editora da Unicamp, 2000.
- CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil*. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.
- CÔRTEZ, Alex Sandro Barcelos. Raízes do anarquismo no Brasil. In: DEMINICIS, R. B.; e REIS Filho, D. A. (Org.). *História do anarquismo no Brasil*. Niterói: EdUFF; Rio de Janeiro: Mauad, 2006. v. I. p. 45-56.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2017.
- DIAS, Allister. *Arquivos de ciências, crimes e loucuras: Heitor Carrilho e o debate criminológico do Rio de Janeiro entre as décadas de 1920 e 1940*. 2015. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde) – COC/FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2015.
- FELICI, Isabelle. *La Cecilia*. Histoire d’une communauté anarchiste et de son fondateur Giovanni Rossi. Lyon: Atelier de création libertaire, 2001.
- FERLA, Luis Antônio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida*. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945). 2005. Tese (Doutorado em História) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- FLORES, Elio Chaves. A consolidação da República: rebeliões de ordem e progresso. In: FERREIRA, J.; DELGADO, L. (Org.). *O Brasil Republicano: O tempo do liberalismo excludente – da Proclamação República à Revolução de 1930*. Livro 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 45-87.

- FONTELES NETO, F. L. A Criminologia e a polícia no Brasil na transição do século XIX para o XX. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 8, n. 3, p. 543-559, 2016.
- FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- GALERA, Andrés. Acracia y Antropología Criminal: ciencia y revolución social decimonónica. *Asclepio*, v. XL, Fascículo 2, p. 247-266, 1988.
- GELI, Patricio. “Los anarquistas en el gabinete antropométrico. Anarquismo y criminología en la sociedad argentina del 900”. *Entrepasados*, n. II, p. 7-24, 1992.
- GIBSON, Mary S. Cesare Lombroso and Italian Criminology. In: BECKER, P.; WETZELL, R. F. (Org.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 137-158.
- GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- GIRÓN SIERRA, Álvaro. Los anarquistas españoles y la criminología lombrosiana (1890-1914). In: MIRANDA, M.; GIRÓN SIERRA, Á. (Org.). *Cuerpo, biopolítica y control social: América Latina y Europa en los siglos XIX y XX*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI, 2009. p. 43-67.
- GIRÓN SIERRA, Álvaro. Los anarquistas españoles y la criminología de Cesare Lombroso (1890-1914). *Frenia. Revista de Historia de la Psiquiatría*, v. 2, n. 2, p. 81-108, 2002.
- GODOY, Clayton Peron. ‘I Senza Patria’: padrões de difusão transnacional do movimento anarquista e sua recepção em São Paulo. In: SANTOS, K. W. dos; SILVA, R. V. da (Org.). *História do Anarquismo e do Sindicalismo de Intenção Revolucionária no Brasil*. Curitiba: Editora Prismas, 2018. p. 67-90.
- HENZE, Martina. Crime on the agenda: transnational organizations 1870-1955. *Historisk Tidsskrift*, v. 109, n. 2, p. 369-471, 2009.
- HIRSCH, Steven; VAN DER WALT, Lucien (Org.). Rethinking anarchism and syndicalism: the colonial and postcolonial experience, 1870-1940. In: HIRSCH, S.; VAN DER WALT, L. (Org.). *Anarchism and syndicalism in the colonial and post-colonial world, 1870-1940: the praxis of national liberation, internationalism, and social revolution*. Leiden ; Boston: Brill, 2010b. p. xxxi-lxxiii.
- HOBBSAWM, Eric. *A era do capital – 1848-1875*. 2. ed. 5. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.
- HOLLOWAY, Thomas H. *Imigrantes para o café: café e sociedade em São Paulo, 1886-1934*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.
- HORN, David G. *The criminal body: Lombroso and the anatomy of deviance*. New York: Routledge, 2003.

- JACOB, Frank; KEßLER, Mario. Transatlantic Radicalism: a short Introduction. In: JACOB, F.; KEßLER, M. *Transatlantic radicalism: socialist and anarchist exchanges in the 19th and 20th centuries*. Liverpool: Liverpool University Press, 2021. p. 1-20.
- JENSEN, Richard Bach. Criminal Anthropology and Anarchist Terrorism in Spain and Italy. *Mediterranean Historical Review*, v. 16, n. 2, p. 31-44, 2001.
- JENSEN, Richard Bach. Daggers, rifles and dynamite: Anarchist terrorism in nineteenth century Europe. *Terrorism and Political Violence*, v. 16, n. 1, p. 116-153, 2004.
- JENSEN, Richard Bach. *The Battle against Anarchist Terrorism: An International History, 1878-1934*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- KALUSZYNSKI, Martine. The International Congresses of Criminal Anthropology. In: Becker, Peter; Wetzell, Richard F. (Org.). *Criminals and their scientists: the history of criminology in international perspective*. New York: Cambridge University Press; Washington, DC: German Historical Institute, 2006. p. 301-316.
- KNEPPER, Paul. Cesare Lombroso: An Unconventional Biography. In: SANDRONES; LORUSSO L. (eds.). *The Birth of Modern Neuroscience in Turin*. New York: Oxford University Press, 2022. p. 53-69.
- KNEPPER, Paul. Laughing at Lombroso: Positivism and Criminal Anthropology in Historical Perspective. In: TRIPLETT, Ruth (Ed). *The Handbook of History and Philosophy of Criminology*. Oxford: Wiley Blackwell, 2018. p. 51-66.
- LANTERI-LAURA, Georges. Phrenology et criminology: Gall's ideas. In: MUCCHIELLI, Laurent (Org.). *Histoire de la criminologie française*. Paris: Editions L'Harmattan, 1994. p. 21-28.
- LEAL, Aurelino. *Germes do Crime*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.
- LEAL, Claudia Feierabend B. *Pensiero e dinamite: anarquismo e repressão em São Paulo nos anos 1890*. 2006. Tese (doutorado em História) – Unicamp, Campinas, 2006.
- LOUBAT, William. De la legislation contre les anarchistes au point de vue international. *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparee*, v. 23, n. 3-4, p. 294-320, 1896.
- MAGNANI, Silvia I. L. *O movimento anarquista em São Paulo (1906-1917)*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- MONTEIRO, Filipe Pinto. O “racialista vacilante”: Nina Rodrigues sob a luz de seus estudos sobre multidões, religiosidade e antropologia (1880-1906). 2016. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde) – Casa de Oswaldo Cruz – Fio-cruz, Rio de Janeiro, 2016.
- MUCCHIELLI, Laurent. Criminology, Hygienism, and Eugenics in France, 1870-1914. In: BECKER, P.; WETZELL, R. F. (Org.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 207-229.

- MUSUMECI, Emilia. Against the Rising Tide of Crime: Cesare Lombroso and Control of the “Dangerous Classes” in Italy, 1861-1940. *Crime, Histoire & Sociétés*, v. 22, n. 2, p. 83-106, 2018.
- NYE, Robert A. *Crime, madness, & politics in modern France: the medical concept of national decline*. Princeton: Princeton University Press, 1984.
- OLIVEIRA, Tiago Bernardon de. *Anarquismo, sindicatos e revolução no Brasil (1906-1936)*. 2009. 267 f. Tese (Doutorado em História), Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.
- PAULA, Richard Negreiros de. *Paciente duplicado: psiquiatria e justiça no Rio de Janeiro, entre as décadas de 1890 e 1910*. 2011. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde) – Fundação Oswaldo Cruz. Casa de Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2011.
- PICK, Daniel. *Faces of Degeneration: a European Disorder, C. 1848-1918*. Cambridge, GBR: Cambridge University Press, 1989.
- PORTOCARRERO, Vera. Foucault: a história dos saberes e das práticas. In: PORTOCARRERO, Vera. *Filosofia, história e sociologia das ciências I: abordagens contemporâneas*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1998. p. 43-66.
- RAFTER, Nicole Hahn; POSICK, Chad; ROCQUE, Michael. *The criminal brain: understanding biological theories of crime*. Second edition. New York: New York University Press, 2016.
- RENNEVILLE, Marc. *Crime et folie: deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*. Paris: Fayard, 2003.
- RENNEVILLE, Marc. L'anthropologie du criminel en France. *Criminologie*, v. 27, n. 2, p. 185-209, 2005.
- RENNEVILLE, Marc. The Origins of French Criminology. In: BECKER, P.; WETZEL, R. F. (Org.). *Criminals and their Scientists: The History of Criminology in International Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 25-42.
- RESENDE, Maria Efigênia Lage de. O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico. In: FERREIRA, J.; DELGADO, L. (Org.). *O Brasil republicano: O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. v. 1. p. 89-120.
- ROMANI, Carlo. *Oreste Ristori: uma aventura anarquista*. São Paulo: Annablume, 2002.
- ROMANI, Carlo; BENEVIDES, Bruno Corrêa de Sá e. A rede dos anarquistas italianos em São Paulo no início do século XX. *Revista Estudos Libertários – REL (UFRJ)*, v. 1, n. 2, p. 31-59, 2019.
- ROMANI, Carlo; BENEVIDES, Bruno Corrêa de Sá e. The Italian Anarchists' Network in São Paulo at the Beginning of the Twentieth Century. In: JACOB, F.; KESSLER, M. (Org.). *Transatlantic radicalism: socialist and anarchist exchanges in the 19th and 20th centuries*. Liverpool: Liverpool University Press, 2021. p. 57-82.

- SALLES, Campos. *Cartas da Europa*. Rio de Janeiro: Typ. Leuzinger, 1894.
- SALVATORE, Ricardo D. Criminology in Argentina, 1870-1960. In: TRIPLETT, R. (Org.). *The Wiley handbook of the history and philosophy of criminology*. Hoboken: Wiley-Blackwell, 2017. p. 309-320.
- SAMIS, Alexandre. *Clevelândia: anarquismo, sindicalismo e repressão política no Brasil*. São Paulo: Imaginário, 2002.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SPIERENBURG, Pieter. The Rise of Criminology in its Historical Context. In: KNEPPER, Paul; JOHANSEN, Anja (Org.). *The Oxford handbook of the history of crime and criminal justice*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 373-395.
- VILLA, Renzo. Lombroso and his school: from anthropology to medicine and law. In: KNEPPER, Paul; YSTEHEDE, Per (Org.). *The Cesare Lombroso handbook*. London: New York: Routledge, 2013. p. 8-29.
- WETZELL, Richard F. *Inventing the criminal: a history of German criminology, 1880-1945*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2000.

7. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Decreto 1.566 de 13 de outubro de 1893. Regula a entrada de estrangeiros no territorio nacional e sua expulsão durante o estado de sitio. Coleção de Leis do Brasil, 1893. v. 1. pt. II.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia Brasileira: da inércia legislativa na defesa do estado democrático de direito à ascensão do terrorismo, de Diego Nunes – *RBCCrim* 107/265-305;
- Alguns movimentos político-criminais da atualidade, de Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 42/295-306;
- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294-338 – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953-994;
- Lombroso e o nascimento do positivismo criminológico: maestria científica ou artefato cultural?, de Wayne Morrison e Salah H. Khaled Jr. – *RBCCrim* 193/225-246;
- Os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889-1930), de Raquel Razente Sirotti – *RBCCrim* 131/263-298; e
- Transições na história da criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980, de Francisco Thiago Rocha Vasconcelos – *RBCCrim* 152/349-381.

"CERCAR A ALDEIA DOS ÍNDIOS": CONFLITO, PODER E CRIME NAS FRONTEIRAS DAS PROVÍNCIAS DO CEARÁ, PERNAMBUCO E PARAÍBA

*"SURROUNDING THE INDIAN VILLAGE": CONFLICT, POWER AND CRIME ON THE
FRONTIERS OF THE PROVINCES OF CEARÁ, PERNAMBUCO AND PARAÍBA*

ELOI DOS SANTOS MAGALHÃES

Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (2013), Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (2007) e Bacharel em Ciências Sociais, com área de concentração em Antropologia, pela Universidade Federal de Campina Grande (2004). Atua nas áreas da Antropologia e Sociologia, com ênfase em etnicidade, estudos de comunidade e religiosidades.
ORCID: [orcid.org/0000-0002-3574-4646].
Lattes: [lattes.cnpq.br/2302267431763860].
eloiantropologia@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042411].

Recebido em: 28.12.2022

Aprovado em: 13.06.2023

Última versão do autor: 15.07.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar os conflitos ocorridos entre os indígenas da Cachorra Morta e chefes locais no sul do Ceará, durante o Brasil imperial, mostrando como se estabeleceram as formas de interação entre esse grupo de indígenas e agentes dominantes em cenários de permanente violência da guerra, supressão de direitos, criminalização e reprodução de estigmas. O conjunto do material examinado consiste em documentação coligida no Arquivo Público do Ceará, incluindo publicações de jornais locais da época, relatórios presidenciais, e outras fontes pertinentes apreciadas. Pretende-se com este estudo construir um escrito

ABSTRACT: This article aims to analyze the conflicts that occurred between the Cachorra Morta Indians and local chiefs in the south of Ceará, during imperial Brazil, showing how the forms of interaction between this group of Indians and dominant agents were established in scenarios of permanent war violence, suppression of rights, criminalization, and reproduction of stigmas. The material examined consists of documentation collected in the Public Archive of Ceará, including publications from local newspapers of the time, presidential reports, and other pertinent sources researched. The intention of this study was to construct a historical writing.

histórico. Menos do que delinear uma argumentação a respeito dos indígenas concatenada às legislações indigenistas, é fundamental repensar o processo de fragmentação e reconstituição de grupos étnicos inseridos em situações históricas específicas.

PALAVRAS-CHAVE: Povos indígenas – Ceará – Crime – Conflito – Legislação – Poder.

Less than outlining an argumentation about the indigenous people concatenated to the indigenist legislations, it is fundamental to rethink the process of fragmentation and reconstitution of ethnic groups and reconstitution of ethnic groups inserted in specific historical situations.

KEYWORDS: Indigenous people – Ceará – Crime – Conflict – Legislation – Power.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Entre as "matas" e o "grêmio da sociedade". 3. A aldeia dos indígenas da Cachorra morta (ou o Aldeamento dos Chocós). 4. Errantes, itinerantes, livres. 5. À guisa de conclusão. 6. Referências bibliográficas. 7. Fontes manuscritas e periódicos.

Sertão. Sabe o senhor: sertão é onde o pensamento da gente se forma mais forte do que o poder do lugar.

João Guimarães Rosa

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar os conflitos ocorridos entre os indígenas¹ da Cachorra Morta e chefes locais no sul do Ceará, durante o Brasil imperial, ou seja, em determinado período do século XIX, mostrando como se estabeleceram as formas de interação entre esse grupo de indígenas e agentes dominantes em cenários de permanente violência da guerra, supressão de direitos, criminalização e reprodução de estigmas. Parte-se do conhecimento de determinado conteúdo da seção "Polícia" do relatório do governo apresentado à assembleia legislativa provincial, em quatro de julho de 1867, de modo a construir uma unidade de compreensão a partir de um conjunto de fenômenos sociais concernentes, isto é, considerando um complexo histórico particular (SIMMEL, 2011).

O conjunto do material examinado consiste em documentação coligida no Arquivo Público do Ceará, incluindo publicações de jornais locais da época disponibilizados no acervo da hemeroteca digital da Biblioteca Nacional, relatórios presidenciais, e outras fontes pertinentes apreciadas mediante os efeitos acumulativos de pesquisas sobre a trajetória histórica dos indígenas que habitaram o lugar conhecido como "Cachorra Morta". Efetivamente, essa

1. Observando a atualização prática da autoidentificação como "povos indígenas", quando aparecer no texto a categoria "índio" referir-se-á ao seu uso colonial predominante que aparece nas fontes pesquisadas. Logo, utilizo "indígena" ao longo do texto, diferenciando-se, portanto, do uso de categorias surgidas na etnografia de arquivos feita pelo autor na construção da análise e compreensão do fenômeno étnico.

pesquisa foi iniciada no ano de 2005, quando, então, passei a investir esforços acumulativos de investigação a respeito da trajetória dos “Índios da Cachorra Morta”. Assim, entre períodos de envolvimento mais intenso e contingenciais interrupções, foi possível coligir e transcrever diferentes tipos de fontes documentais, das quais se utiliza um recorte selecionado de acordo com o enfoque interessado, direções imprevistas e fins analíticos deste artigo.

Realiza-se, pois, uma “etnografia do arquivo” (CUNHA, 2004). As fontes documentais são utilizadas, portanto, a partir de uma perspectiva crítica², considerando a positividade do conteúdo etnográfico e dos seus indícios de contestação (GINZBURG, 1989; COMAROFF & COMAROFF, 2010), com interesse na desnaturalização das condições sociais de sua produção (BOURDIEU, 1968; DE CERTEAU, 1982). Ora, textos, assim como imagens, “registram atos de testemunho ocular” (BURKE, 2004, p. 17).

Além da perspectiva sócio-histórica de Simmel já indicada, este estudo aproxima-se das reflexões enunciadas por Walter Benjamin, especialmente quando propôs “escovar a história a contrapelo” (1987, p. 225), como também repercute as abordagens sociológicas de Bourdieu, observando-se, pois a definição e imposição de categorias de percepção aliadas a classificações práticas (BOURDIEU, 2011). As discussões e questões problematizadas a seguir dialogam intrinsecamente com produções sociológicas e historiográficas regionais (MENEZES 1995; ARARIPE, 1867) e com as contribuições historiográficas e antropológicas contemporâneas (SILVA, 2006; XAVIER, 2012; ALMEIDA, 2013; COSTA, 2018).

2. ENTRE AS “MATAS” E O “GRÊMIO DA SOCIEDADE”

Ato de autoridade³ central dos ritos administrativos da política na província do Ceará, o relatório presidencial apresentado à respectiva assembleia legislativa, em quatro de julho de 1867, expôs na seção “Polícia: Segurança individual e de propriedade⁴” a ocorrência do seguinte fato como um dos “mais notáveis” até aquela data:

“A 28 de abril, ainda uma escolta dirigida pelo subdelegado de policia do Coité, á requisição do respectivo tenente-coronel da guarda nacional, com o fim de prender alguns designados na aldeia dos índios, no lugar – Cachorra Morta – foi assaltada por quatro d’entre estes, resultando a morte de um dos mesmos índios, de um soldado, e ficaram feridos, não só mais três soldados, como dois índios” (p. 12).

2. Seguindo Johnson (2004: 10), “utilizo ‘crítica,’ aqui, no seu sentido mais amplo: não a crítica no sentido negativo, mas a crítica como o conjunto dos procedimentos pelos quais outras tradições são abordadas tanto pelo que elas podem contribuir quanto pelo que elas podem inibir”.

3. Ver BOURDIEU (1996).

4. Neste artigo, além de sua utilização em citações diretas e fragmentos das fontes históricas, as aspas também aparecem em palavras e trechos referentes às fontes documentais imediatamente citadas e recuperadas ao longo do texto. Associo-me, dessa forma, a Taussig (1993) em sua técnica textual de montagem de representações do fenômeno étnico, com a justaposição de discursos cuja fragmentação possa produzir um efeito de apreensão desafiadora e contestadora.

Mostra-se necessário, pois, distinguir os diferentes agentes envolvidos nesse conflito, situando-o em uma sequência de eventos e ações conformadas pela distribuição de poder nos contextos sociais, com suas modalidades de interação organizadas em situações históricas específicas. Assim, afinal, quem eram os indígenas da aldeia da Cachorra Morta?

No limiar das representações impostas e como um recurso heurístico de enunciação de nossa análise, podemos situá-los no universo dos “tapuias do nordeste” (POMPEU SOBRINHO, 1934; MEDEIROS, 1999), conhecidos por “saquearem” gado das fazendas estabelecidas no contexto da economia pastoril do sertão (ABREU, 1930; LEMENHE, 1982). De maneira sucinta, no jogo de imagens e discursos produzidos no processo de ocupação e expansão colonial, os “índios tapuias” diferenciavam-se dos “índios tupis” conforme molduras antagônicas baseadas em distinções linguísticas e geográficas (POMPA, 2003).

Para a digressão e esquadrinhamento do fato histórico, vejamos um trecho do discurso do presidente da província do Ceará, João Antônio de Miranda, na abertura da assembleia legislativa provincial, em 1º de agosto de 1839, na parte intitulada “Catequese de Índios: Índios Civilizados”:

“Nos sítios, que servem de limites á esta Província com a de Pernambuco, e Paraíba, nas vizinhanças de Macapá, Carnaúba, e outros lugares do Termo da Villa do Jardim, erra uma tribo de Índios em distancia talvez de seis á oito léguas da referida Villa, os quais fazem inúmeros prejuizos aos criadores da vizinhança, inclusive os de Pajeú. Tem-se feito todas as diligencias para aldeá-los e civilizá-los, mas baldados tem sido os esforços para esse fim empregados. Já em 1809 pelo Governo de Pernambuco foi mandado Fr. Ângelo, Frade da Penha, para o fim de catequizá-los, e, depois de ter-se zelosamente dedicado á tão louvável, quanto religiosa comissão, apenas os pôde conservar por alguns meses em aldeia. O mesmo já tentarão os Cidadãos João José de Gouveia, e Manoel Gomes Dantas, oferecendo este último terras junta á Villa, para nelas se aldearem, mas ainda tem sido infrutífero o zelo desses beneméritos. O terreno, que eles habitam, não lhes oferece comodidades para a vida: vivem da pesca, e da caça; e naqueles sítios não há lagoas, nem rios, nem abundancia de caça, chegando apenas para o tabaco, de que são mui apaixonados, e pouco mel e cera, que apanham, donde se deduz não haver vantagem alguma, que os convide para ali aldearem, tendo sido já essas as vistas do referido Sacerdote, cuja delicadeza e prudência os contiveram, como disse, por pouco tempo reunidos na serra da Baixa Verde. É esta a única tribo, que me persuado existir nesta Província e que, segundo me informam, constará de vinte e cinco homens de arco, além de mulheres e meninos, bem que pela antiguidade dela, e pelo exposto, me inclino á acreditar, que muito maior deva ser o número.

A razão e a humanidade exigem que chamemos esses infelizes ao seio da religião e da sociedade: eles conhecem e veem frequentes vezes os nossos homens: eles têm ideia de um aldeamento, ou de uma povoação, e visto que a ingratidão dos lugares, por onde erram, não tolera a sua reunião e o seu repouso, e nem seja político, e próprio de Cristãos, expeli-los com armas, como já ousam trocar pelos dissabores da sociedade, seria meu entender, que os acenássemos com o Evangelho, com afagos, e com todos os meios possíveis, para chamá-los á Villa do Jardim, atenta a pequena distancia, na qual se curasse de sua subsistência e civilização.”

MAGALHÃES, Eloi dos Santos. “Cercar a aldeia dos índios”:

conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 157-187. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042411].

Concomitante à constituição dos “currais de reses”, que iniciavam a formação dos núcleos urbanos no sertão, estabeleceram-se os “currais de almas”⁵. Ou seja, os aldeamentos missionários que reuniam (ou “reduziam”) indígenas de diferentes grupos étnicos. Por meio da “catequese” pretendia-se que essas populações fossem integradas à “civilização”, sendo, então, utilizadas como força de trabalho em atividades variadas ao longo de processos sociais específicos na formação da nação⁶. Inscritas nas políticas de Estado engendradas e examinadas aqui, especialmente, a partir do “Diretório dos Índios” (SILVA, 2006), as práticas de “amansar” e “pacificar” os “bárbaros do sertão” realizavam-se segundo ações situacionais semelhantes (ainda que diferentes) e com desdobramentos diversos.

Uma vez que a catequese instituiu o “modo de dominação” (BOURDIEU, 2009) consagrado para “trazer os Índios da barbaridade de suas brenhas aos cômodos da sociabilidade” (BARBOSA, 1840, p. 4), o frei capuchinho italiano Vital de Frescarolo foi um dos influentes encarregados da missão de “instruir, catequizar, batizar, e administrar todos os sacramentos aos novamente convertidos”, segundo correspondências dos primeiros anos do século XIX. Distinguiu-se que diferentes “restos dos antigos bárbaros”, grupos indígenas classificados como “Voué”, “Umão”, “Pipipão” e “Xocós”, dividiram experiências de aldeamento no contexto da economia pastoril nos sertões do Ceará, Pernambuco e Paraíba, evidenciando uma trajetória histórica de cruentas “correrias”, conversões e lutas pela reorganização social no decurso de mudanças entre o refúgio das “matas” e aldeias. Logo, em um movimento flutuante e estratégico de “vida errante” e afluência da “catequese e civilização”, confundindo o imperativo colonial de conversão de “selvagens” em “civilizados”.

À medida que a atividade pastoril se estabelecia, as populações indígenas do sertão viam-se mais reduzidas na ocupação de territórios possíveis, recrudescendo os conflitos beligerantes e disputas com as boiadas e habitantes das localidades encontradas ao longo da “errância” por serras, matas e brenhas do sertão. Considerando a necessidade de existência e resistência, por vezes variados agrupamentos de índios buscavam nos rebanhos de gado a urgência da alimentação. Então, como tática de guerra, expedições armadas de chefes locais e dos governos provinciais do Ceará, Pernambuco e Paraíba, amiúde organizavam-se para “dispersar” e “pacificar” os “índios bárbaros dos sertões”, como assinalou, na aurora do século XIX, o bispo e empossado governador interino da capitania de Pernambuco, Azere-do Coutinho:

“Aqueles índios, digo, depois de serem sujeitos, se tornarão a rebelar, e revestidos da sua antiga barbaridade faziam muitas hostilidades aos habitantes daqueles sertões e lhes causavam grandes danos pela destruição das suas fazendas e lavouras, e pela mortandade dos seus gados.

Pouco depois que tomei posse daquele bispado e do governo interino daquela capitania, de que por V. A. R. fui encarregado recebi cartas de alguns comandantes daqueles sertões,

5. Ver ARRAES (2014).

6. Ver OLIVEIRA (2016) e WOLF (2003).

7. Ver “Informações sobre os índios bárbaros dos sertões de Pernambuco” (1913, p. 204).

em que davam notícias das hostilidades, que faziam aqueles índios, e pediam que se expedissem as ordens necessárias para serem autorizados a lhes fazer a guerra, como diziam eles, era de costume.”⁸

Um relato de uma das expedições do governo da província do Ceará visando à repressão dos indígenas foi apresentado por Tristão de Alencar Araripe (1867), na “História da Província do Ceará”:

“Em 1814 pela última vez o governo da província mandou gente armada contra os gentios. Algumas tribos das matas de Pernambuco começaram por esse tempo a cometer repetidas depredações no distrito do Jardim, e para os afugentar d’ali, mandou o governador Manoel Ignácio um destacamento, que de combinação com alguma tropa vinda de Pernambuco, e da Paraíba os obrigou a procurar abrigo em mais remontado sertão” (p. 26-27).

Alguns anos depois, dirigindo-se ao chefe análogo da capitania de Pernambuco, no dia 1º de março de 1819, o governador do Ceará, Manoel Ignácio de Sampaio declarou a premissa de perseguição e prisão dos índios ruidosos que não concorriam para o “sossego” do sul da capitania:

“Vários moradores do termo da Vila do Crato me dirigiram há pouco o Requerimento da cópia inclusa, cujo narratório se acha comprovado pelas informações do Ouvidor da Comarca também junta por cópia. Por falta de registros antigos nada consta nesta Secretaria a respeito do que em outras semelhantes ocasiões se tem praticado para expulsar o Gentio, de quem se queixam; mas a tradição geral combina exatamente com o que se propõe o Ouvidor da Comarca na sua informação. Tenho por tanto ordenado a Gregório do Espírito Santo que passe a perseguir aquele Gentio, prendendo os que puder colher, e afugentando os outros. Dignando-se V. Ex. querer concorrer para o sossego dos povos limítrofes das três Capitanias de Pernambuco, Paraíba e Ceará, livrando-os daquele flagelo, seria para desejar que V. Ex. ordenasse ao Oficial encarregado por V. Ex. desta comissão, que se entendesse com o sobredito Gregório do Espírito Santo, assim como também com o Oficial, que da parte da Capitania da Paraíba tiver uma semelhante ordem.”⁹

O requerimento incluso mencionado na comunicação supra citada realça as reclamações dos moradores das vilas do Crato e de Santo Antônio do Jardim¹⁰, ambas pertencentes ao Ceará, que têm “suas fazendas de gados grossos situadas de muitos anos juntos aos limites ou extremas dessa capitania com a de Pernambuco e Paraíba”. Contíguas a essas fronteiras encontravam-se “entranhadas várias nações de gentio bravo”. As incriminações referiam-se a acontecimentos relativos aos “estrágos” feitos pelos indígenas naquelas fazendas, “matando-lhes e destruindo-lhes os seus gados, e até mesmos Vaqueiros”.

8. Idem (p. 203).

9. Ver revista do arquivo público (1946, p. 34).

10. Idem (p. 35).

E mais, os “suplicantes” sublinharam que, “sendo os ditos Índios atacados com bandeiras”, buscaram abrigo na região relacionada, nos contornos da ribeira do Pajeú e do rio São Francisco, “vexados” por tais acossamentos.

Na continuação e conclusão da reivindicação dos moradores da região, representados, por exemplo, por um capitão-mor e pela viúva de um sargento-mor, foram recomendados como profissionais experientes, “hábeis para semelhante empresa”, ou seja, a campanha de afugentamento e morte dos indígenas executada pelos moradores “ali vizinhos”: o tenente Gregório do Espírito Santo, Paulo Pereira e um agrupamento de soldados. Por último, em tal comunicação ao governador do Ceará, ressaltam ainda para que seja identificada “pessoa que conste se comunique com o mesmo gentio e o apoia para exercitarem as maldades, e prendam, e o remetam a V. Ex.^a para o punir, por tanto”. À vista disso, os suplicantes solicitaram que, “por atenção ao exposto”, o objeto do requerimento fosse deferido pelo governador do Ceará “com a justiça que costuma”. O despacho a execução das “providências requeridas” foi feito em 23 de dezembro de 1819, com a rubrica do governador da capitania do Ceará, Manoel Ignácio de Sampaio.

De fato, tratava-se de uma verdadeira operação coordenada de guerra de aniquilação contra os grupos indígenas que habitavam a região, como asseverou o ouvidor do Crato, em 03 de fevereiro de 1819:

“É certa a narrativa dos suplicantes, e são para desejar as providências requeridas, e que ao mesmo tempo fossem estes Índios batidos pelos dois lados das outras Capitânicas, pois só combinadas as bandeiras poderá aquela travessia de 30 léguas livres de uns bárbaros, que tantos danos causam.”¹¹

Depois de dividirem a experiência de aldeamento sob a direção do frei Vital Frescarolo, grupos de indígenas procedentes dessas “aldeias” que não “prosperaram”, ansiando pela liberdade da “vida errante”, uma vez que não perdiam as “saudades da barbaridade¹²”, fugiam da “catequese e civilização” por meio das veredas dos sertões na busca por lugares favoráveis de existência e sorte de alimentos. Os rebanhos de gado tornaram-se fonte de alimento privilegiada e elemento gerador de conflitos no processo de consolidação territorial de fazendas e controle de riquezas por parte dos seus moradores das vilas fronteiriças do Ceará, Pernambuco e Paraíba.

Habitado por diversos grupos indígenas classificados como “bravios”, o vale do Cariri cearense¹³, assim como outros lugares do sertão do Nordeste, tornou-se uma região de

11. Idem (p. 36).

12. Ver “Informações sobre os índios bárbaros dos sertões de Pernambuco”, (1913, p. 207).

13. Utilizarei a referência “vale do Cariri” para situarmos a região abrangida neste estudo. Dessa forma, “Aurora é a porta que se abre para o Vale do Cariri, localizado no extremo sul, constituído por sete municípios: Missão Velha, Crato, Caririáçu, Juazeiro, Barbalha, Jardim e Brejo Santo, estando os cinco primeiros situados na parte anterior do grande hemicíclo que a Serra do Araripe faz na região e os dois últimos, na parte posterior, sendo que o município de Jardim se encontra na curva formada pela montada, que o isola inteiramente dos demais. O Vale do Cariri tem como prolongamento os

fazendas de gado que favoreceram a ocupação de terras formadoras das primeiras vilas do Ceará (LEMENHE, 1982), constituindo o “ecúmeno do pastoreio nordestino” (MENEZES, 1995). Desse modo, a vila do Jardim e as demais adjacentes, no contexto do Cariri cearense, cingiam um campo social compartilhado entre seus habitantes originários, grupos indígenas diversos, e as populações que afluíam para a região e a ocupavam trazidas pelo desenvolvimento da economia pastoril.

Em suas viagens pelas províncias do Norte do Brasil, o botânico inglês George Gardner, ao atravessar o Ceará, no período de 1838 a 1839, assim narrou:

“Existem duas pequenas tribos de índios não civilizados que vivem no distrito de Barra do Jardim; porém, o número deles está diminuindo rapidamente: uma delas consistindo de uns oitenta indivíduos chamados Huamães, habitualmente residem sete léguas para o sudoeste daquela cidade: a outra, chamada Xocós, totalizando cerca de setenta pessoas, têm seu lugar conhecido de residência a treze léguas para o sul. Embora sejam geralmente inofensivos em sua disposição, pouco tempo antes da minha visita tinham sido surpreendidos no roubo de gado das fazendas vizinhas; eles ocasionalmente têm aparecido na Vila, e dizem serem imundos em seus hábitos, e que na falta de alimento melhor, devorariam a cascavel e outras serpentes.” (1846, p. 218)¹⁴

No contexto histórico do regime pastoril (ABREU, 1930), no século XIX, intensificavam-se as práticas violentas de chefes locais e moradores das respectivas vilas e povoações

“[...] contra os ‘índios’, que depredavam e roubavam. Em pouco tempo, os próprios fazendeiros patrocinaavam e organizavam seus bandos armados. As lutas contra os minaus e xocós são mencionadas nessas reclamações como prejudiciais aos bens da gente pacífica, empenhada no labor das fazendas. Pelas alturas de 1844, há grupos armados com o título de ‘cangaceiros’, para enfrentar os índios.” (MENEZES, 1995, p. 39-40)

O agravamento das animosidades entre indígenas e moradores de vilas no vale do Cariri despontava nos fatos recomendáveis de atenção que o presidente da província do Ceará relatou, em 1º de junho de 1843, logo na abertura da sessão ordinária da Assembleia Legislativa provincial. Comunicava, naquela ocasião, que, além dos “excessos de alguns mal intencionados na Vila da Granja”, a paz no Ceará somente era abalada pelas “incursões das hordas Selvagens dos Quipapaz, Humões, e Xocós no Termo do Jardim”. Mais adiante, esse governante, que também era comandante das armas da província e brigadeiro, discorreu sobre o fato desta maneira:

municípios de Santanopole e Araripe, situados na Serra, sob a influência do meio caririense. Os sertões do sul e o estado de Pernambuco traçam os contornos dos seus limites territoriais, que são, ao norte Várzea Alegre, Lavras e Aurora; a leste, Milagres e Mauriti; ao sul, Pernambuco; e a oeste, Santanopole e Quixará” (ALVES, 1945, p. 94). Veremos ainda ao longo do texto outros lugares destacados, tais como: Coité e Icó. Ou seja, é valioso, portanto, lançar luzes e viajar pelas sombras dos lugares importantes na construção da compreensão do fenômeno em estudo.

14. Tradução minha.

MAGALHÃES, Eloi dos Santos. “Cercar a aldeia dos índios”:

conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 157-187. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042411].

“Quanto às correrias dos Índios nas estradas próximas à Vila do Jardim, não passaram do incêndio de algumas casas de palha, e do roubo e mal trato de viajantes, conquanto se mostrassem eles mais ferozes nos lugares das Províncias de Pernambuco e Paraíba. Para aquela raia foi mandado um destacamento de Guarda Nacional, recomendando-lhe o uso dos meios brandos, e só devendo empregar a força em casos extremos. Este destacamento que tem se dirigido aos pontos, que segundo as notícias poderão precisar de seus socorros, e de acordo com as forças de Pernambuco, tem sido bastante para os conservar em respeito, e até 27 de Março do corrente, (ultimas notícias que dali tenho lido) não tem havido estragos.”

Os contingentes da guarda nacional enviados para a aludida conservação do “respeito”, “não obstante as ordens que levaram, para agir com prudência, estes se houberam com a maior crueza, desbaratando completamente os nativos” (STUDART, 1965, p. 156). Na seção dedicada à “Catequese e Civilização dos Indígenas” desse relatório presidencial, salientou-se especialmente a necessidade de uma “política” de retomada dos aldeamentos de modo a interromper o “aniquilamento dos primitivos habitantes da terra de Santa Cruz”, justificando as vantagens de aproveitando dessa força de trabalho, “utilidade que trará à lavoura o emprego de braços livres e robustos”.

Como já fora apontado, as populações indígenas do Nordeste atravessaram influxos de “catequese e civilização” com diferentes características, conforme as políticas de aldeamentos estabelecidas e administradas por missionários e diretores, observando-se rupturas e continuidades (ALMEIDA, 2010). Com o restabelecimento nas províncias das diretorias gerais dos índios, em 1845¹⁵, foi nomeado, somente em 24 de janeiro de 1846, para o cargo no Ceará o capitão-mor e brigadeiro Joaquim José Barbosa. É relevante, pois, notarmos o ordenamento militar que se impunha na hierarquia social da época, em sua organização burocrática, e, óbvio, na manifestação das relações de dominação, como é evidenciado no fluxo desta compreensão histórica.

Na vila do Jardim, o coronel Simplício, “o maior inimigo dos índios”, foi designado como diretor parcial:

“Sendo, por conseguinte, bem triste a lembrança dessa nomeação, que dando-lhes antes um carrasco do que um administrador. Todavia bem ou mal grado deles, conseguiu reuni-los em aldeia, perto ou naquela vila, onde se conservaram até o ano de 1846, época calamitosa em que, havendo falta absoluta de meios para sustentá-los, foram autorizados a retirarem-se para onde melhor lhes aprouvesse, a fim de proverem os meios de sustentar a sua existência, como lhes fosse possível. Voltaram então outra vez às florestas” (STUDART, 1965, p. 157).

-
15. Publicado em 24 de julho de 1845, o Decreto 426 comportava o “Regulamento acerca das missões de catequese, e civilização dos índios”, determinando que em todas as províncias houvesse um diretor-geral de índios e em cada aldeia um diretor parcial responsável por sua estrutura de funcionamento e controle dos trabalhos ali realizados.

A vila do Jardim, no Cariri cearense, despontou como o lugar de referência para “conservar” em um novo aldeamento “esses infelizes dos sertões, que vagam”. O investimento do coronel Simplício no controle dos índios reunidos próximos à vila do Jardim relaciona-se, portanto, à história daquele campo social. Sua “administração” da “aldeia” podia – “bem ou mau grado deles” – ser comparada à figura de um “carrasco” de índios. Relativo a tal contexto social, Djacir Menezes (1995, p. 73) sugeriu pistas para “pesquisar as fontes históricas da formação dos futuros bandos do cangaço”, em que guardas locais eram aparelhadas

“[...] para serviço de policiamento e com fins políticos. O predomínio dos régulos municipais assentava nos ‘cabras’. A população encolhia-se à sombra desses senhores feudais, comandantes de milícia de xantodermos indioides, onde repontava, raramente, algum de ascendência africana. Eram uma espécie de guarda pretoriana das satrapias eleitorais.”

O recém-instituído “diretório dos índios” foi revogado na província do Ceará, pelo aviso expedido pela Secretaria de Estado dos Negócios do Império de 24 de agosto de 1847, mediante o pretexto de não existirem como população distinta. Incutia-se paulatinamente o seguinte entendimento: “Hoje esse índios (seus descendentes) estão misturados na massa geral da população, são cidadãos ativos, a respeito dos quais não há mais nenhuma diferença social¹⁶”. Por consequência, mais uma vez, quando também, em 1833, foi suprimido o diretório, os juizes de órfãos ficaram responsáveis pela administração dos bens dos indígenas.

A despeito das aplicações contextualizadas da legislação indigenista¹⁷ e da ideologia do desaparecimento (PORTO ALEGRE, 1992), nesse local, contudo, havia aquele grupo de índios que persistia “errante” pelas veredas do sertão do Cariri, no sul da província, considerando que, além de Paraíba e Pernambuco, ainda percorriam a região da província do Piauí. Se, em meados da década de 1840, os indígenas em questão foram supostamente compelidos a voltarem às “matas” e à “errância”, por conta da impossibilidade de subsistência como aldeados na vila do Jardim, o incessante deslocamento migratório do grupo alcançou novamente aquele factível lugar. Assim, a peleja e suas práticas associadas foram retomadas:

“Ofício – Ao delegado do Jardim. – Que não convindo ao serviço publico que as autoridades esperem pelas ordens deste governo, que atentas às distâncias pode demorar-se, quando se trata de socorrer aos habitantes agredidos em suas pessoas ou bens, cumpra que Smc. pusesse termo às depredações que estavam fazendo os índios nos gados dos proprietários desse lugar, conforme participara a este governo em seu ofício de 25 do passado. Que para isso era mister que Smc. procedesse com cautela, afim de que não só não perigasse nenhum dos indivíduos que fossem mandados afugentar os mesmos índios, como igualmente se obrassem contra eles os excessos e crueldades, que é costume praticar em casos semelhantes. Que Smc. devia proceder de modo que os prendesse sem maltratá-los envidando todos os meios de trazê-los aos povoados com cuidado, e diligenciando

16. Ver SOUSA BRASIL (1862, s/p).

17. Sobre uma crítica a ideia de “vazio legislativo” postulada por CUNHA (1992), ver COSTA (2018).

por domesticá-los, na inteligência de que este governo satisfaria as despesas razoáveis, que com esse serviço se fizesse. Que muito lhe recomendava que informasse circunstancialmente e com exatidão a este governo a que tribo pertenciam esses índios, qual era o seu numero, aonde residiam, quais os seus costumes, e se são mestiços, ou de raça indígena¹⁸.

Ofício – Ao juiz municipal do termo do Jardim. – Que em resposta ao seu ofício de 22 de novembro último, em que comunica existir no centro desta província uma porção de índios de nação Uman ainda entregues aos hábitos da vida selvagem, tinha a dizer-lhe, que devia Smc. lançar mão dos mesmos meios que havia empregado para aldear os índios da nação Chocó, dos quais igualmente falava no seu dito ofício. Que esperava que empregaria para conseguir esse fim somente os meios suasórios, afim de que os mesmos índios pudessem sentir mais convenientemente a ação benéfica da autoridade.”¹⁹

No desdobramento do processo de “catequese e civilização” desses personagens históricos, a “errância” configurava-se como experiência, estratégia, e, assim, dismantelava projetos coloniais caracterizados por correrias, refúgios e convivências instáveis com moradores das vilas e pessoas “habilitadas” para reuni-los em aldeia²⁰. Frequentemente, os chefes municipais “habilitavam-se” para o serviço de controle daquela “horda selvagem”, estabelecendo aldeamento em determinado lugar na comarca do Jardim: “Ali está em Milagres o delegado Jesus, cuja história policial se parece com a de um capitão-mor de índios. No entanto, é conservado!”²¹.

Entre os agentes sociais “aptos” destacavam-se, por exemplo, os delegados de polícia. A incumbência de controlar e reprimir os colocava em uma posição exclusiva no quadro de interação social de determinado lugar, assinalando, efetivamente, o teor das relações ao produzir discursos e representações acerca de coletividades específicas. No caso de que se trata aqui, vigiando-os, inicialmente aldeados na vila do Jardim e depois na vila de Milagres, os delegados de polícia atuavam diretamente nesse processo de “civilização”, emitindo ofícios que asseguravam, ao produzirem suas próprias versões dos eventos, a notícia da existência (ou não) daqueles indígenas nas vilas e povoações da província²². Posteriormente, veremos a atuação do citado delegado Jesus no compartilhamento do mesmo campo social de interação com os indígenas da Cachorra Morta.

18. Pedro II, Ceará, n. 1411, (data ilegível), extrato do expediente do governo da província, 23 de novembro de 1854.

19. Pedro II, ano XVI, n. 1536, Ceará, Quinta-feira 23 de janeiro de 1856.

20. Pedro Theberge, que desde 1845 residia na região, no município de Icó, descreveu que em várias ocasiões, nas suas viagens, encontrava com “Índios no estado vagabundo pelo interior das florestas”. E que algumas vezes eles eram “chamados pelos moradores das vizinhanças para trabalhar em roças ou outros serviços manuais” (2001, p. 14). É um dos precursores da historiografia cearense, autor da obra “Esboço Histórico sobre a província do Ceará”, (1869). Teve atuação destacada na luta contra a epidemia de cólera no Ceará da época.

21. O Araripe, ano III, n. 143, sábado, 15 de maio de 1858.

22. Ver Monsma (2016) sobre a posição social dos delegados e suas interações com grupos populares (1880-1914).

Particularmente, os médicos mostravam-se de maneira especial ao governo provincial do Ceará como sujeitos “aptos” para fornecerem informações diversas acerca de acontecimentos e circunstâncias. No ano de 1859, o médico francês Pedro Theberge foi encarregado de dirigir uma “comissão médica ao termo de Milagres da comarca de Jardim”, cuja finalidade era examinar e ministrar socorros em razão de uma epidemia de cólera-morbo²³. O resultado da comissão foi apresentado em um relatório encaminhado à presidência, do qual trata o sugestivo Ofício 32, de 16 de março de 1860, expedido pelo governo da província e dirigido ao Ministério do Império²⁴. Com efeito, o relatório produzido por Theberge trazia esclarecimentos que extrapolavam o caráter clínico e administrativo. A presidência, então, sintetizando-o, chamou a atenção do ministro imperial para um determinado trecho da cópia do relatório anexa ao citado ofício, expondo e justificando as medidas a serem tomadas:

“Peço também a atenção de V. Ex.^a para um outro trecho do relatório já mencionado, em que o Dr. Theberge traz ao conhecimento da presidência o encontro que teve com uma tribo de índios selvagens, que viviam nas matas, que servem de limites entre esta província e a da Paraíba, e as providências e esforços, que empregou para chamá-los ao grêmio da sociedade, conseguindo inspirar-lhes confiança e obtendo deles promessas de deixarem a vida errante, mediante certos favores e proteção do governo. O Dr. Antônio Gonçalves Dias, membro da comissão científica, que acaba de recolher-se à capital, depois de ter percorrido aqueles lugares em uma visita especial que fez aos índios, de que trata o Dr. Theberge, observou tudo quanto este refere e confirma todas as suas informações, aconselhando também a conveniência de nomear-se o cidadão Manuel José de Sousa, de quem trata o relatório, diretor dos mesmos índios por ser a pessoa em que eles mais confiam, e que efetivamente muito se tem esforçado em protegê-los e em inspirar-lhes o amor ao trabalho. Este homem porém em uma carta, que me foi mostrada, e da qual também remeto a V. Ex.^a, com quanto animado dos melhores desejos mostra-se impossibilitado de qualquer sacrifício por falta de meios e pede a seu turno a proteção do governo para ajudá-lo no empenho, que tem contraído de auxiliar os índios. O Dr. Theberge lembra a nomeação de um capelão, de um professor de primeiras letras e a distribuição de alguns víveres e instrumentos próprios para os trabalhos agrícolas.”

Da “vida errante” para o “grêmio da sociedade”, sob a “proteção do governo”, o presidente da província do Ceará assinalava a direção e as vantagens decorrentes da organização do aldeamento daquela “tribo de índios selvagens”. Ademais, outra comissão também percorria “o ponto mais remoto da província, distante da capital cerca de 120 léguas”, na freguesia de Milagres. Em fevereiro de 1859, chegou a Fortaleza uma comissão científica do Império²⁵. As referências sobre aqueles índios, transmitidas no ofício em destaque pela presidência ao

23. Sobre o “cólera-morbo no Ceará”, ver ALENCAR (1943).

24. Apec. Livro de ofícios do governo da província ao Ministério do Império, 1858-1861, livro n. 139, fls. 66-66 v-67.

25. Seu objetivo era “dar a conhecer as terras longínquas do país, os recursos naturais e os produtos da economia, além de descrever as sociedades indígenas que porventura encontrasse e formar novas coleções científicas para o Museu Nacional e o IHGB” (PORTO ALEGRE, 2006, p. 36-37).

Ministério do Império, eram afiançadas por um de seus membros, Gonçalves Dias, chefe da seção etnográfica, que partilhava com o médico Pedro Theberge semelhantes concepções e pressupostos acerca dos métodos de catequese e civilização apropriadas²⁶.

3. A ALDEIA DOS INDÍGENAS DA CACHORRA MORTA (OU O ALDEAMENTO DOS CHOCÓS)

Em resposta a um ofício provincial, que, então, pedia “providências acerca dos índios que habitam as matas que servem de limites entre essa província e a da Paraíba”, o ministro dos Negócios do Império, em 11 de junho de 1860²⁷, autorizou o estabelecimento da “nova aldeia, devendo indicar a localidade, que escolher para sede da mesma, e a extensão de terras, que na forma do art. 72 do Regulamento de 30 de janeiro de 1854 convém reservar-se”. Por sua vez, de acordo com a conveniência da situação, a indicação do “cidadão Manuel José de Sousa” como “diretor da dita aldeia”, endossada por Pedro Theberge, foi admitida, segundo o “art. 2º do decreto de 24 de julho de 1845”. A sede da aldeia foi edificada “em terrenos de propriedade particular, porque não os há devolutos no termo em que se acha estabelecida”, ficando, então, assentada nas terras do seu novo diretor, Manuel José de Sousa, segundo as conveniências indicadas no seminal relatório médico que visava, inicialmente, informar sobre uma comissão de socorros diante da epidemia de cólera.

Assim, a nomeação de Manoel José de Sousa para o cargo de diretor do aldeamento em Milagres mostrava-se apropriada. Uma vez que ele já estabelecia relações de confiança com esses indígenas de “vida errante”, isto é, que migravam e atravessavam fronteiras, pois eram “acossados por toda parte como bestas selvagens de uma maneira horrorosa²⁸”, o novo diretor investiu no estabelecimento deles em sua fazenda chamada Cachorra Morta, localizada na vila de Milagres. Na época, contava-se entre 28 e 30 indivíduos que compunham “os restos de uma tribo de Índios selvagens denominados Chocós”²⁹.

Embora a sua nomeação como diretor do aldeamento tenha sido expedida em setembro de 1860, efetivamente, em virtude de uma Portaria de 12 de setembro de 1859, Manoel de Sousa já era o encarregado – “sob sua vigilância e proteção” – do aldeamento dos indígenas da Cachorra Morta. Desse modo, como “encarregado dos indos” foi assim comunicado no expediente do governo da província do dia 31 de julho de 1860:

“Fico inteirado de tudo quando Vmc. me comunica em seu ofício de 28 mês passado sobre os índios aldeados nesse lugar, sob a sua direção e quanto à permissão que Vmc. pede para

26. Sobre a “catequese e civilização” dos índios como programa político definido a partir da década de 1840, vale consultar Kodama (2009), que traz também dados referentes à comissão científica do Império.

27. Livro de avisos do Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas ao presidente da província do Ceará, 1860-1862. APEC, livro n. 24.

28. Ver SOUSA BRASIL (1862, s/p).

29. Idem.

eles irem até a cidade do Crato e andarem armados, não acho conveniente que se afastem tanto do lugar do aldeamento e que usem de armas, cumprindo que Vmc. não deixe sair para longas distâncias.”³⁰

Contrariando a condição de existência operacionalizada pela civilização, por exemplo, pelos hábitos do trabalho agricultura, os indígenas que viviam nas terras da fazenda Cachorra Morta, os “chocós”, motivados por seus interesses e urgências, partiam em suas viagens com as armas que tinham para garantirem suas vidas, alimentando-se e defendendo-se. Além disso, “aqueles 30 caboclos” poderiam ser vistos, situacionalmente, como um grupo armado da fazenda de Manoel de Sousa.

Pernoitando no sítio da Monguba, propriedade do tenente-coronel João Franklin de Lima, localizado no entorno de Fortaleza, capital da província do Ceará, o chefe da comissão, Francisco Freire Alemão, teve a oportunidade de registrar algumas lembranças do seu anfitrião e da cunhada a respeito do “resto da tribo”, cujo nome não sabiam, em 23 de maio de 1860:

“Esses índios, que faziam grandes estragos nas fazendas matando-lhes os gados, mudaram-se, provavelmente perseguidos e obrigados pela seca de 1845 para Piauí, sendo aí também perseguidos, debandados e mortos muitos; o restante retirou-se para o lugar onde existe hoje.

A Sra. D., cunhada do Sr. Franklin, disse que seu avô foi capitão de bandeiras desses índios; que os tratava com humanidade; e por sua parte os índios agradecidos respeitavam gado que trazia a sua marca, fazendo porém estragos nos gados das fazendas vizinhas.”³¹

A reputação daquela resistente coletividade indígena difundia-se pela província, sendo a derradeira no Ceará que se encontrava no “estado” conveniente para ser reunida em uma aldeia: aquela dos “índios da Cachorra Morta”. Já conhecidos na região, principalmente quando mobilizadas suas classificações práticas pelos agentes dominantes da região, segundo informou Franklin de Lima a Freire Alemão, estavam reduzidos a uns 50 ou 60 índios pertencentes à antiga “[...] nação que habitava por Piancó, Brejo Verde e Pajeú de Flores, onde ainda em 1816 existia inteira; e foi nessa ocasião aldeada pelo Padre Frei Ângelo, que ali fez uma grande casa quadrada com pátio dentro, onde ele os doutrinava.”

Créditos, fundos e orçamentos sucediam-se a partir da presidência pela verba “Catequese”, movimentando a tesouraria de fazenda, que, frequentemente, solicitava a prestação de contas, obviamente, a quem recebia por serviços. As quantias para as despesas do estabelecimento e manutenção do aldeamento eram recebidas por autoridades, isto é, profissionais da justiça (juízes e delegados), que simultaneamente distinguiam-se como os coronéis locais.

“Do crédito de um conto de rs., foi entregue ao coronel Francisco Fidellis Barroso, a quantia de quatrocentos mil rs para ser empregada na compra de instrumentos agrícolas, roupa, e brindes, afim de serem tais objetos distribuídos com os mesmos Índios e segundo

30. PEDRO II, Ceará, ano XX, n. 2083. Terça-feira, 4 de setembro de 1860.

31. ALEMÃO (1961, p. 314).

participou o coronel Barroso, a remessa deles havia sido feito a ao diretor, na importância de 323\$120 rs. Oficiou-se-lhes porém que aguardasse as despesas do transporte para recolher depois o saldo da quantia recebida na tesouraria de fazenda onde deve prestar contas. Resta ainda daquele crédito a quantia de 600\$000 rs.”

O trecho supra do relatório de passagem da administração da província do Ceará, proferido em 6 de maio de 1861, consiste no primeiro assunto da sua parte final em que aborda “Aldeia de Índios”. Fornecendo um tipo de narrativa histórica, foi dedicado exclusivamente àqueles que existiam:

“[...] aldeados no termo de Milagres da comarca do Jardim, os restos de uma tribo de Índios selvagens denominados Chocós, que viviam errantes nas regiões entre esta província e a da Paraíba.

Consta que esta tribo de Índios, 6 para oito anos antes, compunha-se de cerca de 300 Índios, de que hoje só restam uns 30 de um e outro sexo, pela destruição de que foram vítimas por muito tempo. Alimentando-se da caça não poupavam também o gado que encontravam nos campos, e cuja propriedade desconheciam.

Daqui as frequentes atrocidades contra ele exercidas pelos sertanejos que por seu turno os perseguiram, e assolavam sem piedade chegavam até a convidar para suas casas a estes infelizes, que consideravam feras bravias, para perfidamente matá-los á chumbo! Isso levou a tribo, gente naturalmente desconfiada, a fugir do grêmio da sociedade para internar-se nas matas, de que raramente saíam abandonando os lugares em que eram tratados com tamanha crueldade, buscando refugiar-se na província do Piauí, onde não foram menos perseguidos pelos moradores.”

O relato do vice-presidente, cônego Antonio Pinto de Mendonça, assinalou diferentes momentos das peijas do grupo até o ano de 1859, destacando, então, o relatório de Pedro Theberge que sugeriu ao governo provincial determinadas providências convenientes em relação ao aldeamento dos índios da Cachorra Morta. Na sequência da exposição do tema foram arroladas as medidas e despesas necessárias desde que os “chocós” ficaram aldeados na fazenda de Manoel de Sousa, na vila de Milagres.

Não deixavam de percorrer o ardiloso vale do Cariri, espaço social caracterizado por formas de relações marcadas por rixas e tensões acionadas diante de toda possibilidade de conflitos pendentes, cujas exacerbações se davam em consonância com as rivalidades renovadas com a presença dos indígenas nas proximidades das vilas:

“Ao delegado de Milagres. = Que ficava entregue o seu ofício de 29 de Dezembro último, em que dava a informação que por esta presidência lhe fora pedida acerca do procedimento do inspetor de quarteirão de Coité, Simplício Pereira da Silva com relação aos índios aldeados nesse termo, de que tratava a queixa do diretor dos mesmos índios, a qual lhe fora transmitida.”³²

32. O Cearense, ano XV, n. 1416, terça-feira 19 de Fevereiro de 1861.

É crucial recordarmos que a comissão médica que levou Pedro Theberge à vila de Milagres teve como motivação o problema da epidemia de cólera na província, assolando drasticamente aquela região que demandava socorros urgentes. Assim, observa-se que o “aldeamento dos chocós” foi estabelecido exatamente quando já grassava a epidemia de cólera no Cariri cearense, impelindo o grupo para condições de vida e vulnerabilidades tétricas. Ou seja, arrastados ao estado de insalubridade que caracterizava a situação histórica de enfrentamento daquela epidemia, enfileirando indígenas – crianças, mulheres e homens – nos obituários coléricos, muitas vezes misturados com os “indigentes”.

Ainda que possamos perceber períodos de epidemia com destaque em determinados anos, por exemplo, de 1856 e 1862, no Ceará, importa ressaltar os surtos de cólera ocorridos em diferentes momentos e lugares, desde a capital até os lugares mais remotos da província do Ceará. Efetivamente, sentia-se a epidemia de cólera na região desde meados da década de 1850, com recrudescimentos, abrandamentos e reaparecimentos conforme os lugares de sua ocorrência, disputas políticas e crenças sanitárias e tratamentos existentes (ou não). Comissões médicas percorriam os municípios e sítios da província do Ceará durante a “quadra epidêmica do *cholera-morbus*”³³, que se manifestou funesta, especialmente, no ano de 1862³⁴.

Thomaz Pompeu de Sousa Brasil, figura central da elite econômica e intelectual do Ceará provincial, apresentou, a partir da incumbência recebida do presidente da província, a produção de um conjunto de respostas aos avisos do ministério da agricultura, comércio e obras públicas. Sua “informação ao governo sobre alguns objetos” incluía a “Catequese e Civilização dos Índios”, cumprindo essa pauta do ramo do serviço público (KODAMA, 2009). Pois bem, em julho de 1862, além de fabricar uma representação cultural assentada na ideia de extinção dos “índios propriamente tais”, definiu o “Aldeamento dos Chocós” com a caracterização de um item específico composto por notas históricas, eventos e os acontecimentos mais atuais:

“Em abril ou maio deste ano o cólera atacou os índios, Manoel de Souza correu á aldeia para socorrê-los; foi também atacado, e sucumbiu; os índios, que sobreviveram, abandonaram o lugar, segundo a informação que tive.

Entretanto lembro a V. Ex. a conveniência de informar-se á respeito do Dr. Juiz de direito do Jardim e do cidadão João Brígido dos Santos, a pessoa mais competente que conheço na província para ministrar estas e outras informações das pedidas nos avisos citados.”³⁵

A morte do diretor Manoel José de Sousa teria impulsionado outro abandono de aldeia? Em maio de 1862, no contexto do vale do Cariri, a cólera “lavrava com intensidade nos lugares Salgadinho, Cachorra-Morta e Aldeia dos índios, onde foi grande a mortalidade”³⁶.

33. Pedro II, Fortaleza, ano XXII, n. 227, sábado 4 de outubro de 1862.

34. Sobre epidemia de cólera e disputas políticas no ceara, ver ALEXANDRE (2020).

35. Ver SOUSA BRASIL (1862, s/p).

36. Pedro II, Fortaleza, ano XXII, n. 152, segunda-feira, 7 de julho de 1862.

E ainda no mês de dezembro do mesmo ano podia-se ler na Gazeta Oficial: “Em Cachorra-morta, onde existe uma aldeia de índios boçais, e em Salgadinho, lugares distantes 13 léguas da Villa de Milagres, constavam-se cinco vítimas da cólera, entre trinta e seis pessoas acometidas”.

A manutenção do aldeamento dos indígenas da Cachorra Morta, lugar pertencente à fazenda do finado major “civilizador de índios”³⁷, envolvia disputas políticas entre conservadores e liberais, manifestadas de maneira inflamada na organização de jornais, que, então, expunham os confrontos entre adversários³⁸. Logo, conflitos e interesses locais afetavam as condições sociais de existência dos índios aldeados na vila de Milagres, agravadas com a epidemia de cólera. Nesse sentido, a carta escrita pelo citado cidadão João Brígido, que dirigia “O Araripe”, jornal liberal impresso no Crato, de quem o presidente da província poderia solicitar informações imediatas sobre os “chocós” daquele lugar, expôs notícias sobre a situação da epidemia na região e denúncias contra o delegado Manoel de Jesus da Conceição Cunha:

“O cólera recrudescceu em Milagres, a saber, na Cachorra Morta. Quando lá estive o Dr. Medeiros quatro índios apenas tinham falecido. Ele cuidou dos demais, deixou-lhes remédios e instruções e voltou á vila a pedir a comissão, ou antes a Manoel de Jesus, que mandasse socorros a esses infelizes, que morriam de fome, e estavam completamente nus. A resposta foi total indiferença. Agora falecerão quatro índios mais, o mestre da aldeia, uma filha e a mulher, e o que é muito para lamentar, o diretor, nosso bom e prestante amigo, major Manoel José de Sousa. Ele se achava fora da aldeia e viera ministrar remédios aos índios, de que era um amigo extremado e dar-lhes mesmo o que comer; por que Manoel de Jesus, desde o começo do aldeamento inimigo capital dos selvagens, não lhes tinha fornecido cousa alguma. Morreu como um verdadeiro filantropo esse que era o mais importante dos nossos amigos de Milagres, um objeto constante do ódio e má vontade do sátrapa daquele termo.

Tanta falta de cavalheirismo não se tinha ainda visto: Manoel de Jesus, o delegado de polícia, o rei de Milagres, rei propriamente dito, dizem-me todos, tem ainda em seu poder 140\$000, resto dos socorros enviados em 1856, e um prato de farinha si quer não enviou aqueles miseráveis, vio morrer o seu mais poderoso adversário e nem isto o despertou de sua criminosa apatia! Assim são os homens, que, pela constante proteção do governo, se tem criado, em alguns pontos atrasados da província, uma espécie de realeza!”

Manuel de Jesus da Conceição Cunha, “inimigo capital dos selvagens”, membro do partido conservador, mostrava-se, e, assim, era reconhecido, como um violento rival em tal

37. *O Araripe*, ano VI, n. 285, sábado 23 de Agosto de 1862.

38. Segundo NOBRE (2006, p. 73), “o que caracterizava a atividade da imprensa do Ceará, como de todo o Império, praticamente sem exceção, era o compromisso partidário, em vista do qual a matéria de redação, se não se limitava ao debate de assuntos políticos e à troca de insultos entre pessoas integradas em facções opostas, refletia sempre os interesses restritos de um grupo, que às vezes, se identificava com uma família”. Sobre as lutas entre conservadores e liberais no sertão, ver QUEIROZ (1997).

arena de exemplar das rixas municipais, “satrapias eleitorais” e manifestações de “cangaço” constitutivas das relações de poder na província dessa época (Menezes, 1995). Como delegado de Milagres, sabia-se que, por exemplo, ele tinha “dinheiro do governo para auxiliar os índios”, desde 1856, porém nunca teria empregado tais “socorros a esses infelizes, que morriam de fome” nesse contexto de “catequese e civilização”, além dos falecimentos em decorrência da cólera. Como foi indicado anteriormente, sua “história policial” se parecia “com a de um capitão-mor de índios”. Perpetuando-se no acúmulo dos cargos de delegado e juiz municipal do Crato ao longo dos anos, o coronel Manuel de Jesus defrontava-se ali com outro Manoel, “o seu mais poderoso adversário”: o falecido diretor da Cachorra Morta, major da família Sousa, uma das mais influentes do partido liberal no Cariri.

Nessas condições, como perduraria o dito aldeamento? Na “parte oficial” do jornal “O Cearense”, de 6 de setembro de 1865, assim foi transmitido:

“À Câmara Municipal de Milagres. Em resposta ao ofício dessa câmara de 20 de abril do corrente ano, em que representa sobre a necessidade de um diretor para os índios aldeados no lugar – Cachorra Morta – desse município, tenho a dizer-lhe que por portaria desta data foi nomeado para esse cargo o cidadão Manuel Fortunato de Sousa.”

Nomeado como novo diretor da aldeia, o filho do falecido major Manuel de Sousa assumiu essa posição estratégica naquele campo social. As hostilidades entre famílias dominantes revelavam as práticas rotineiras de garantia do predomínio político nos acirrados conflitos das eleições municipais. Cada família influente, ligada internamente a partidos políticos, agia como unidades operacionais consolidadas em suas fazendas (WOLF, 2003), que investiam na disputa e domínio de extensões de terra e exploração do trabalho escravo de negros e das populações habitantes do sertão.

Assim, os eventos que se deram no lugar Cachorra morta, precipitados em 28 de abril de 1867, entre os indígenas lá aldeados e uma escolta policial arranjada pelo delegado Manoel de Jesus, acentuaram a manifestação aberta da violência iminente na urdidura das lutas históricas. Trata-se, à vista disso, de uma série de acontecimentos definidos por confrontos violentos que culminaram em mortes, prisões, interesses, autos processuais, enfim, imposição de poderes. O conhecimento do fato, ou melhor, seu processamento, atravessava instâncias e rebentava nas arenas dominadas por aqueles que controlavam os canais de informação e hegemonia em um dado momento do equilíbrio instável de forças dispostas no campo político naquela situação histórica.

As vilas do Crato, Jardim, a povoação de Coité, vila de Milagres, e as demais circunvizinhas, constituíam o espaço de relações onde confluíam os investimentos dos atores sociais elencados em quadros de interação particulares, cujo conjunto dos conteúdos dessa realidade histórica foi abstraído por mim, segundo as condições concretas de possibilidade das fontes pesquisadas, de modo a formar uma série específica (SIMMEL, 2011). Tomo como escopo de análise a informação declarada no relatório presidencial apresentado à assembleia legislativa, em quatro de julho de 1867, que formaliza publicamente o acontecimento entre “os fatos mais notáveis ocorridos”, considerado histórico, portanto, objetivando a

construção deste trabalho de compreensão da peleja dos indígenas chocós no Cariri cearense com os chefes locais.

O trâmite, expediente e direção dos fatos geraram ofícios a fim de mobilizar procedimentos e transmitir recomendações às autoridades envolvidas. E, realmente, engendraram a disputa no ato de instituir uma versão aliada à configuração do evento. Dessa forma, o governo da província, juizes, delegados e deputados demandavam a questão em arenas institucionais perpassadas por disputas e interesses. Depois de receber um ofício do suplente de delegado de polícia de Milagres (Manoel de Jesus da Conceição Cunha), o presidente da província (Sebastião Gonçalves da Silva) solicitou ao diretor dos índios da Cachorra Morta (Manuel Fortunato de Sousa), em seis de junho de 1867, informações sobre o conteúdo daquele documento: o “ofício relativo aos acontecimentos que se deram no lugar – Cachorra Morta entre os Índios aldeados e uma escolta expedida para a prisão dos designados”³⁹.

Seguindo o fluxo institucional dos “atos de autoridade” (BOURDIEU, 1996), o juiz de direito da Comarca do Jardim, Américo Militão de Freitas Guimarães, em 18 de julho de 1867, remeteu as cópias dos ofícios expedidos pelo vice-presidente da província do Ceará e pelo chefe de polícia acerca dos deploráveis acontecimentos que se deram em Cachorra-morta” ao juiz municipal de Milagres, para “seu conhecimento e governo”⁴⁰. Salientou, por fim, que já tinha iniciado os procedimentos relativos à “sindicância recomendada”.

O relato dos fatos produzido pelo juiz municipal de Milagres, Antonio Lopes da Silva Barros, realizou a objetivação do drama social, assumindo uma enunciação performativa autorizada nos autos processuais referente ao “grave conflito no lugar Cachorra Morta”⁴¹. Seu conteúdo possibilita, por ora, no espaço deste artigo, examinar certos nexos e confluências prementes. Considerando os fundamentos retro destacados feitos por seu correspondente da comarca do Jardim, o juiz Antonio Lopes remeteu, em 20 de Julho de 1867, ao vice-presidente da província do Ceará informações que tinham “por fim o descobrimento da verdade desse fato criminoso”.

Reiterando o conhecimento já antes encaminhado pelo diretor do aldeamento, o magistrado teceu esclarecimentos dos eventos relativos ao conflito: “[...] entre os índios ali aldeados e uma força comandada por José Inácio da Silva, e a ele fornecida pelo delegado de polícia e tenente-coronel do batalhão de infantaria deste município Manuel de Jesus Conceição Cunha.”

Seguiam-se, então, disputas de terras na “serra denominada ‘Cachorra Morta’”. Em determinada localidade “composta de terrenos próprios para a agricultura”, pretendia-se que

39. Livro de ofícios sobre Estatística, Teatro, Iluminação e Catequese de Índios, 1863-1876. APEC, Livro n. 163.

40. As cópias digitalizadas de dois documentos avulsos referentes às questões levantadas pelo juiz municipal de Milagres, Antônio Lopes da Silva Barros, foram disponibilizadas pelo pesquisador Heitor Feitosa, do Instituto Cultural do Cariri (ICC), localizado no município do Crato, Ceará, onde se encontram os originais. Oportunamente, indicarei em nota a referência “ICC” para identificar os documentos correspondentes.

41. Idem.

os índios desenvolvessem tal atividade, como apregoava o processo de “catequese e civilização”. A região de trabalho agrícola dos índios daquela aldeia “era todavia invadida e muito combatida de gados, que nela criavam muitos fazendeiros”. Foi imposta pela Câmara Municipal, então, multa àqueles que invadissem com gado tais terras. Assim, “todos os criadores respeitaram as disposições municipais, retiraram seus gados, à exceção de José Inácio da Silva que, menosprezando a lei municipal, não quis retirar seus gados”.

Foi, então, que, “não querendo sujeitar-se”, José Inácio da Silva acionou sua rede de relações, contando “com a benevolência de certas autoridades com menosprezo da lei e em prejuízo dos índios e da lavoura da serra Cachorra Morta”. José Inácio continuou “a criar seus gados na serra e estes danificando a lavoura dos índios”. As formas cotidianas de resistência repercutiam. Ora,

“[...] aconteceu por vezes que os índios maltratassem algumas reses daquele e daí a rixa e intriga de José Inácio contra os pobres índios. Era preciso extingui-los, e reduzir a cinzas essa pequena aldeia, a fim de que José Inácio pudesse continuar a criar seus gados na serra.”⁴²

A hostilidade de José Inácio com os indígenas da Cachorra Morta resultou em um conflito brutal. A partir de um “combinado”, Manuel de Jesus Conceição Cunha, o tenente-coronel e delegado de polícia de Milagres,

“[...] fornece a José Inácio uma força de setenta e duas praças, contra a disposição de lei, finge-se uma ordem do subdelegado do distrito do Coité José Leite Furtado à José Inácio inimigo dos índios, entrega-se esta força e na madrugada do dia 28 de abril José Inácio invade com ela a aldeia dos índios e sem prévia ciência e consenso de seu diretor tudo contrário às disposições da lei/decreto n. 426 de 24 de julho de 1845 e os princípios de humanidade.”⁴³

Uma cabroeira da guarda local a serviço do respectivo coronelismo, “cometendo toda sorte de excessos nas famílias”, invadiu as choupanas daqueles “infelizes” em busca dos “chefes dessas famílias”. Em suas informações à presidência, o juiz de Milagres queixa-se de que “o processo se acha abafado” devido ao “patronato” que formam os “verdadeiros criminosos”. Sobre a “sindicância recomendada”, Antônio Lopes da Silva Barros sugeriu alguma suspeição quanto à “imparcialidade e exatidão das informações” que foram colhidas pelo “doutor juiz de direito desta comarca acerca desse deplorável acontecido”. Aliás, a configuração do conflito, isto é, a versão oficial dos acontecimentos, era dada “pelo próprio José Inácio e pelas autoridades culposas”.

A disposição dos envolvidos no conflito – “índios” e “soldados” – foi inscrita de modo a figurar o fato histórico de que “esta força ia em procura de designados ou tomar armas dos índios”. Na verdade, um “pretexto” por conta de possuírem “armas finas próprias de caçar

42. Ver ICC.

43. Idem.

de que fazem esses infelizes profissão e parte de sua alimentação”, além da “falta de polícia dos mesmos”, atribuindo ao “diretor dos mesmos índios” uma falta de comprometimento “com o seu dever acerca da catequização e civilização”.

Mais tarde, a matéria do “fato criminoso” chegou à arena institucionalizada da Assembleia Legislativa provincial, onde o antagonismo entre conservadores e liberais mostrava-se nos discursos dos deputados. Vale notar que antes de serem orientadas por ideologias essenciais, as tomadas de posição e decisões correspondiam às tensões tangíveis mantidas entre os adversários. Na sessão de 27 de novembro de 1867⁴⁴, o deputado (liberal) Livino Lopes de Barros e Silva, que foi “promotor no Jardim um ano e tantos meses”, protestando contra os “despotismos e arbitrariedades” praticadas pelos senhores Marcondes e Alvim (“conservadores vermelhos”), autoridades da comarca do Jardim, investiu no debate político sobre o cerco à aldeia dos índios da Cachorra Morta, feito por uma “escolta de setenta e tantos homens armados e bem municiados” preparada por Manuel de Jesus.

“O Sr. Livino: – Querendo o Sr. Manoel de Jesus desmoralizar nosso prestimoso amigo capitão Francisco de José de Souza e a seu sobrinho Manoel Fortunato de Souza, diretor da aldeia – Cachorra Morta, – prepara uma escolta de setenta e tantos homens armados e bem municiados e manda à Cachorra Morta cercar a aldeia dos índios, afim de que os nossos amigos não consentindo na prisão dos mesmos se opusessem e fosse motivo para serem também processados, e talvez assassinados, e por conseguinte inutilizados para a eleição.”

A violência aberta contra aqueles índios mobilizada por Manuel de Jesus teria como um dos objetivos “desmoralizar” os liberais de Milagres, o capitão Francisco José de Sousa e o sobrinho Manuel Fortunato de Sousa, diretor do aldeamento da Cachorra Morta. Acreditava-se em determinada reação dos Sousa, o que poderia gerar uma situação que “fosse motivo para serem também processados, e talvez assassinados, e, por conseguinte, inutilizados para a eleição”. Os indígenas resistiram:

“De fato, Sr. presidente, chegada a escolta à aldeia dos índios, sem que eles fossem criminosos, e nem estivessem no caso de serem recrutados, espancam homens e mulheres, prendem os que podem e conduzem-nos para Milagres; alguns dos companheiros dos índios presos, dirigem-se para Milagres para implorarem a soltura de seus companheiros, mas chegados ao lugar aonde descansara a tal escolta com os presos, apenas o subdelegado do Coité e o inspetor do quartirão José Inácio, que foram os comandantes dessa força, avistaram os pobres índios, mandaram descarregar as armas sobre eles, os soldados executaram a ordem, assassinaram um índio, feriram outros, e voltaram para Milagres com a sua presa.

O diretor dos índios deu uma queixa perante o presidente da província, relatando todos estes fatos, apresentando todos os documentos, e no entanto o Sr. Manoel de Jesus ainda até hoje não foi demitido de delegado de polícia de Milagres.”⁴⁵

44. O Cearense, Fortaleza, ano XXII, n. 2.522, domingo, 8 de dezembro de 1867.

45. Idem.

Manuel de Jesus conservava-se como delegado de polícia de Milagres, isto é, seguia “acumulando o cargo de delegado de polícia e de substituto do juiz”. E, então, como se deu a instauração do processo policial sobre o “deplorável fato criminoso” no aldeamento dos índios – por vezes classificados como “Chocós” – no lugar Cachorra Morta? Esse delegado de polícia, segundo o deputado Livino Barros,

“[...] longe de instaurar o processo contra os indivíduos que compunham a escolta, que cometeu o atentado, o processo é feito contra os índios que foram feridos, e que não tiveram culpa nenhuma no crime; e estando alguns deles presos, a monstruosidade do processo foi tal que não foram chamados para assistir a formação de culpa, como é de lei, e sendo considerados como órfãos, e por conseguinte tendo de se lhes dar curador para também assistir a formação da culpa, como também é de lei, não se lhes deu, dando em resultado, que em lugar de serem pronunciados os que faziam parte da revolta, foram os pobres índios.”⁴⁶

Lembrando-se de que se trata de uma sessão na Assembleia Legislativa, aconteceram, afinal de contas, protestos e apartes de outros deputados, como o de “um Sr. deputado: – Porque não se deixaram matar”. Em seus desfechos e considerações finais, o deputado Livino Lopes de Barros e Silva relatou que “isto foi levado ao conhecimento do presidente da província, acompanhado de documentos, e, no entanto, até hoje nenhuma providência se deu”. Tratava-se, enfim, de um evento de violência no conjunto das práticas executadas por aquele delegado de polícia de Milagres: “Seria um nunca acabar, Sr. presidente, se eu pretendesse narrar hoje todos os crimes e arbitrariedades do Sr. Manuel de Jesus”.

Presumivelmente, devido às pressões políticas e aos embates entre famílias, e, obviamente, sem antever perspectivas de receber “providências” do presidente da província quanto ao aldeamento da Cachorra Morta, Manuel Fortunato de Sousa, seu diretor, estrategicamente pediu exoneração do cargo, em 1869⁴⁷.

4. ERRANTES, ITINERANTES, LIVRES

Em resposta à determinada circular do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, que pedia “todos os esclarecimentos sobre assuntos declarados na relação anexa”, cabendo às repartições públicas competentes as informações, o governo da província assim apresentou:

“Catequese

Os poucos índios que ainda restam nesta província estão confundidos com a população e vivem do trabalho agrícola.

Não há aldeamento propriamente dito.

46. O Cearense, Fortaleza, ano XXII, n. 2.522, domingo, 8 de dezembro de 1867.

47. Livro de ofícios sobre estatística, teatro, iluminação, catequese de índios, 1863-1876, caixa 163.

Em Milagres no lugar denominado 'Cachorra Morta' há onze índios mansos aldeados sob a inspeção de um diretor.

O seu estado de reconhecida ignorância e pobreza me faz crer que não se pode ainda dispensar uma tutela ativa e zelosa como a que tem presentemente.”⁴⁸

Depois de desafiarem cenários de reconhecida “fabricação de um permanente estado de guerra” (OLIVEIRA, 2016, p. 17) aparelhado contra eles nas arenas do Cariri, “onze índios mansos aldeados sob a inspeção de um diretor” continuavam vivendo em Milagres em fins da década de 1860. Mas não havia “aldeamento propriamente dito”. Ora, de fato, o que havia? A Assembleia provincial tratava, então, de legislar sobre a única “tribo” que ainda existia na província, acomodando-a sob a “religião” e a “sociedade”.

Diante do exposto, em 18 de novembro de 1872, o presidente Esmerino Gomes Parente assim recomendou: “O seu estado de reconhecida ignorância e pobreza me faz crer que não podem dispensar uma tutela ativa, e zelosa, como a que tem presente”⁴⁹. Após a família Sousa deixar a direção do aldeamento da Cachorra Morta, assumiu como seu novo diretor o tenente-coronel Manuel de Jesus da Conceição Cunha, que há muitos anos exercia controles diversos no sul da província do Ceará, tanto em Milagres quanto em localidades vizinhas, a exemplo de Coité. Então, moradores de Jardim e de Milagres buscaram aldeá-los a fim de ordenar as atividades “errantes” daquele grupo de índios, ao passo que as boiadas avançavam pelos sertões definindo “os lineamentos gerais da economia pastoril” de uma sociedade em formação (MENEZES, 1995, p. 41).

Errantes, ou melhor, itinerantes, os indígenas da Cachorra Morta partiram novamente à procura de reconhecimento oficial de terras por eles ocupadas, e, dessa vez, dirigiram-se para o centro do poder, o palácio presidencial, em Fortaleza:

“Noticiário

Índios. – Ontem apresentou-se em palácio uma comissão dos índios aldeados na Cachorra Morta, Milagres, a fim de solicitar de S. Excelência um título que legitima a posse das terras que eles ali há longos anos ocupam.

S. Excelência recebeu-os com benevolência, mandou distribuir-lhes roupa e recolhê-los a um dos abarracamentos de emigrantes, até que passe o vapor 'Pirapama', que deve conduzi-los até o Aracati para dali seguirem ao aldeamento.”⁵⁰

Organizados em uma “comissão”, então, investiram em uma viagem à Fortaleza com o intuito de demandar à presidência da província do Ceará uma solicitação da posse definitiva das terras que ocupavam “há longos anos”. Assim, foram recebidos no palácio pelo chefe do governo, segundo a notícia destacada. A partir da ordem do presidente para “distribuir-lhes roupa”, o prosseguimento das deliberações mandava ajuntá-los com “a população

48. Livro de ofícios sobre Estatística, Teatro, Iluminação e Catequese de Índios, 1863-1876, livro n. 163, 10 de fevereiro de 1869.

49. Livro de ofícios do governo da província ao Ministério da Agricultura, 1861-1872, caixa 144.

50. O Cearense, ano XXXIV, n. 6, sexta-feira, 16 de janeiro de 1880.

emigrada do interior desta e das províncias vizinhas” em um dos abarracamentos existentes na capital.

Nessa época, em 1880, a província do Ceará atravessava um longo período de estiagem (seca) e uma epidemia de varíola (TEÓFILO, 1901; 1997). Devido ao número elevado de retirantes abarracados na capital em busca de “socorros”, o governo provincial procedia na direção de encaminhá-los para seus lugares de origem, oferecendo algum auxílio inicial. Dessa forma, aqueles indígenas provindos de Milagres foram despachados em uma viagem de volta, navegando, presumivelmente, no vapor Pirapama⁵¹ até o porto de Aracati, e de lá, quiçá, seguiram para o Cariri, para terras cultivadas por suas vidas na Cachorra Morta.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

As lutas dos “Índios da Cachorra Morta” inserem-se no quadro das múltiplas trajetórias históricas dos indígenas do Nordeste, e, conseqüentemente, das lutas indígenas ocorridas ao longo da história de formação do Brasil. Sobre isso, sabe-se que, “nos conflitos internos da época da independência e do período regencial, os índios tiveram também intensa participação” (ALMEIDA, 2010, p. 149). Assim, esta análise permitiu a investigação de situações sociais associadas aos contextos de interação examinados, como inevitavelmente a correlação com processos sociais mais amplos.

Esse grupo de indígenas, que foi reunido em uma fazenda, na serra, enfim, em um lugar denominado Cachorra Morta, na vila de Milagres, vale do Cariri cearense, desmantelou as pretensões dominantes de invisibilidade inscritas com frequência em documentos oficiais e na historiografia sob a expressão “confundidos na massa geral da população” (ARARIPE, 1867, p. 38).

O exame de diferentes tipos de fontes permitiu esquadriñar de modo variado como esses indígenas movimentaram-se e habitaram uma vasta região limítrofe das três capitanias de Pernambuco, Paraíba e Ceará, ao longo de determinado período de tempo, notadamente, na maior parte do século XIX, dimensionando, assim, um estudo capaz de fornecer uma “compreensão histórica” (SIMMEL, 2011). Dessa forma, na abordagem do fenômeno étnico pesquisado, o uso de perspectivas teóricas e conceitos são escolhas do autor deste artigo à luz de sua formação disciplinar e alinhavada conforme as injunções de processos específicos, entendendo que “a teoria e os conceitos antropológicos devem ser testados na análise da vida tal como ela ocorre em um determinado lugar do mundo” (BARTH, 2000, p. 108). Visto assim, buscou-se aqui a realização de um exercício de antropologia histórica (OLIVEIRA, 1999) interessado, sobretudo, nas formas subversivas e estratégias de organização de grupos sociais em arenas particularizadas por modos de dominação estabelecidos

51. O vapor Pirapama, adquirido na Inglaterra pela Companhia Pernambucana de Navegação Costeira por Vapor, possuía casco de ferro, passando a operar em 04.06.1867. Embarcação que figurou como um importante transporte de pessoas e cargas em geral entre os atuais estados do norte e nordeste (FERREIRA et al., 2017).

(BOURDIEU, 2009), cujas figurações específicas exibem um “equilíbrio instável de poder, com as tensões que lhe são inerentes” (ELIAS, 2000, p. 23).

Se campos sociais são territórios de disputa, é crucial também perceber que a memória e a imaginação figurativa (FABIAN, 2001; WHITE, 2014), quando consagram representações, narrativas, imagens e práticas de significação sobre o passado, engendrando ideais de verdade e a própria produção do conhecimento histórico (SCHAFF, 1995), exibem também domínios controversos instigantes para operações de análise contestadoras do *establishment* resultante do processo de construção nacional do Brasil. Nesse sentido, como salientou COMAROFF & COMAROFF (2010, p. 38), importa

“[...] explorar os processos que constituem e transformam os mundos particulares – processos que dão forma, reciprocamente, aos sujeitos e aos contextos, que permitem que certas coisas sejam ditas e feitas. Ao longo do tempo, todos os campos sociais são varridos por ondas contrárias de unidade e diversidade: por forças que tornam difusos o poder e o significado e por forças contrárias que os concentram e fixam.”

Para compreendermos a presença indígena em contextos históricos diferenciados, com seus personagens igualmente distintos, interessando como foco a trajetória de um grupo de “chocós” que viviam naqueles “sertões”, foi percorrida uma dada sequência de eventos registrados em uma variedade de arenas em um campo social que se expandia segundo a dinâmica das unidades processuais investigadas. Dessa forma, observamos alguns aspectos das redes de interdependência entre indígenas e poderes coloniais simultaneamente ao relevo das imprevidências e execuções das práticas administrativas de Estado assinaladas nas fontes pesquisadas (LIMA, 2013).

As notícias de um grupo indígena entre alguns outros que saqueavam ou caçavam gado nos sertões movimentavam a pauta da “catequese e civilização”, um dos ramos do serviço público do império. Assim, abordamos versões acerca do conflito de “grandes estragos” atribuídos a esses indígenas, que encontravam nos rebanhos de gado talvez uma das poucas alternativas de alimento. Se, categoricamente, o grupo não contava com formulações e enunciados próprios inscritos na documentação pesquisada congruente a imputações de crimes, resoluções jurídicas e posicionamentos variados, o conteúdo etnográfico positivo da documentação no âmbito da administração pública permitiu-nos reinscrever suas experiências históricas concretas e relacionar reivindicações de injustiças passadas. As relações entre os indígenas da Cachorra Morta e fazendeiros locais – os reconhecidos coronéis municipais – eram, portanto, constitutivas da história do campo social considerado, enredadas, necessariamente, em contextos mais amplos de distribuição de poder e dominação simbólica.

No processo histórico de interiorização da pecuária esses grupos indígenas eram tratados como “inimigos”, “salteadores” e “gentios bravos”. Entre os seus “crimes” considerados, o mais destacado seria a prática de “assalto” do gado das fazendas existentes nos sertões nordestinos (FERRAZ & BARBOSA, 2015). Assim, essas “tribos sertanejas” encaravam constantes perseguições e extermínios por meio de “guerras justas” arranjadas em “bandeiras” com o apoio de governos, que reuniam moradores de arraiais e donos de currais para “verdadeiras caçadas de índios” (STUDARD, 1965, p. 155).

MAGALHÃES, Eloi dos Santos. “Cercar a aldeia dos índios”:

conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 157–187. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10042411].

A errância e o nomadismo manifestavam – nessa trama de imagens e representações – a condição de existência e a forma cotidiana de resistência acionada por tais indígenas, há tempos lutando em um mundo colonial moldado por práticas geradas em um regime pastoril⁵². De modo algum os movimentos e mudanças dos “chocós” pelo vale do Cariri significavam uma “perambulação” a esmo, isto é, de “errantes”. De fato, em situações históricas específicas, mostravam ações, estratégias e conhecimentos práticos imbricados nas atividades daquele grupo indígena.

Ora, fixados no lugar denominado Cachorra Morta, nossos personagens históricos enfrentaram a violência aberta e a violência simbólica perpetuadas pelas elites locais, a administração parcial de sua força de trabalho, a “quadra epidêmica do *cholera-morbus*”⁵³, além de figurarem de maneira periférica nas anotações de membros da afamada comissão científica de exploração, uma vez que não se enquadravam nos pressupostos padrões do ideal de pureza etnológica naquela paisagem sertaneja⁵⁴.

Das veredas desta narrativa histórica afloram contestações revigoradas do discurso dominante sobre a participação indígena na construção do Brasil, pois que

“[...] não há melhor resposta
que o espetáculo da vida:
vê-la desfiar seu fio,
que também se chama vida,
ver a fábrica que ela mesma,
teimosamente, se fabrica,
vê-la brotar como há pouco
em nova vida explodida;
mesmo quando é assim pequena
a explosão, como a ocorrida;
mesmo quando é uma explosão
como a de há pouco, franzina;
mesmo quando é a explosão
de uma vida severina.”⁵⁵

52. Congruente a tal contexto histórico de (re)construção de formações sociais e culturais, com suas complexas transações de conhecimento, impõe-se também considerar, como demonstraram GRU-ZINSKI (2001) e POMPA (2003), a relativa autonomia do mundo indígena diante do poder colonial, especialmente no plano do sobrenatural e do sagrado, em que tempo se apresenta de modo extenso nas evocações rituais que reproduzem eventos e celebram mitos (HUBERT, 2016).

53. Pedro II. Fortaleza, Ano XXII, n. 227, sábado, 04 de outubro de 1862. E vale mencionar que no presente momento elaboro um artigo dedicado especialmente ao fato histórico da epidemia de cólera que atingiu a vida dos indígenas da Cachorra Morta, na vila de Milagres, sobretudo, nesse período.

54. Ver KODAMA (2009, p. 285).

55. Idem.

Realizada a intrépida viagem ao palácio do governo, aqueles índios foram encaminhados para embarcarem no vapor Pirapama⁵⁶ até Aracati e de lá voltaram para as suas terras na Cachorra Morta? Ficamos, então, com o plano do horizonte que despontava diante dos indígenas itinerantes desde aquele trecho de litoral cearense ao grande sertão, observando-se, pois, a supracitada notícia que sugeria a recolhida deles em algum abarracamento de emigrantes, juntos a “muitos Severinos”.

Servindo-me de inspiração as reflexões elaboradas por Walter Benjamim (1987), assumo um ponto de vista contra-hegemônico dos processos de integração social e da formação da nação brasileira, de modo a fitar com uma “revolução moral” (APPIAH, 2012) a respeito da representação do indígena na consciência nacional (CARDOSO DE OLIVEIRA, 1966; LUCIANO, 2006). A trajetória dos indígenas chocós no vale do Cariri evoca um enredo crítico com o presente, em que se pode estremecer a continuidade histórica e o triunfo dos vencedores por meio das lutas e ações sociais de um grupo étnico subalterno, mirando, enfim, suas alternativas de liberdade no campo dos possíveis.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Capistrano de. *Caminhos antigos e povoamento do Brasil*. Rio de Janeiro: Edição da Sociedade Capistrano de Abreu; Livraria Briguiet, 1930.
- ALEMÃO, Francisco Freire. Índole e costumes dos indígenas, 1860. In: DAMASCENO, Darcy & CUNHA, Waldir da. *Os manuscritos do botânico Freire Alemão* – catálogo e transcrição. Anais da Biblioteca Nacional – vol. 81, 1961.
- APPIAH, Kwame Anthony. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- ARRAES, Esdras. Curral de reses, curral de almas: introdução à urbanização dos “certoens” das capitanias do Norte (séculos XVII-XIX). *Rev. Inst. Estud. Bras.*, n. 58, p. 51-77, 2014.
- ALENCAR, Álvaro de. O cólera-morbus no Ceará. *Revista do Instituto do Ceará*, ano LVII, 1943.
- ALEXANDRE, Juciello Ferreira. *A peste serve a qual partido?: disputas políticas e epidemia do cólera (Ceará, 1862-1863)*. Tese (Doutorado em História). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.
- ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Os índios na história do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2010.
- ALVES, Joaquim. O vale do Cariri. *Revista do Instituto do Ceará*, ano LIX, p. 94-133, 1945.

56. O vapor Pirapama, adquirido na Inglaterra pela Companhia Pernambucana de Navegação Costeira por Vapor, possuía casco de ferro, passando a operar em 04.06.1867. Embarcação que figurou como um importante transporte de pessoas e cargas em geral entre os atuais estados do norte e nordeste (FERREIRA et al., 2017).

- ARARIPE, Tristão de Alencar. *História da província do Ceará*. Recife: Tipografia do Jornal do Recife, 1867.
- ARQUIVO PÚBLICO ESTADUAL. Recife/Pernambuco. *Revista do Arquivo Público*. Arquivo Público Estadual, Recife/Pernambuco, 1º semestre, 1946.
- ARRAES, Esdras. Curral de reses, curral de almas: introdução à urbanização dos “certoens” das capitanias do Norte (séculos XVII-XIX). *Rev. Inst. Estud. Bras.*, n. 58, p. 51-77, 2014.
- BARBOSA, Januário da Cunha. Qual seria hoje o melhor sistema de colonizar os índios entranhados em nossos sertões? *Revista Trimensal de História e Geografia ou Jornal do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, t. 2, n. 5, p. 3-18, 1840.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. Obras escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1987. v. I.
- BOURDIEU, Pierre. Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, J. *Problemas do estruturalismo*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1968.
- BOURDIEU, P. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.
- BOURDIEU, P. “A Identidade e a Representação: Elementos para uma Reflexão Crítica sobre a Ideia de Região”. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro, Difel/Bertrand Brasil, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. Espaço social e gênese das classes. In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- BRASIL, Tomás Pompeu de Sousa. *Ensaio estatístico da província do Ceará*. Fortaleza: Tipografia B. de Mattos, 1864. t. 2.
- BRASIL, Tomás Pompeu de Sousa. Informação ao governo sobre alguns objetos desta província, que entendem com a administração (1862). In: *Relatório apresentado à assembleia geral legislativa na 1ª sessão da 12ª legislatura pelo ministro e secretário de estado dos negócios da agricultura, comércio e obras públicas* – Pedro de Alcântara Bellegarde. Rio de Janeiro: Tipografia Perseverança, 1864.
- BURKE, Peter. *Testemunha ocular*. Bauru (SP): Edusc, 2004.
- CARDOSO DE OLIVEIRA, R. O Índio na Consciência Nacional. *AMERICA INDIGENA*, v. XXVI, n. 1, p. 45-52, 1966.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. *Legislação Indigenista no século XIX*. Edusp, Comissão Pró-Índio de São Paulo, São Paulo, 1992.
- COMAROFF, Jean; COMAROFF, John. 2010. Etnografia e imaginação histórica. *Proa – Revista de Antropologia e Arte*, ano 02, v. 01, n. 02, nov. 2010: 1-72.
- CUNHA, Olívia. M. G. da. Tempo imperfeito: uma etnografia do arquivo. *MANA*, v. 10, n. 2, p. 287-322, 2004.
- DE CERTEAU, Michel. *A escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
- FABIAN, Johannes. Ethnology and History. In: FABIAN, Johannes. *Anthropology with an Attitude: Critical Essays*. Stanford: Stanford University Press, 2001.

- FERRAZ, Socorro & BARBOSA, Ferraz Bartira. *Sertão: Fronteira do Medo*. Recife, Ed. da UFPE, 2015.
- FERREIRA, I. C.; SILVA, J. J. S.; NASCIMENTO, E. S.; RIOS, C. Vapor Pirapama: uma perspectiva museológica. *Revista Noctua*, 2,1: 84-94, 2017.
- GARDNER, George. *Travels in the interior of Brazil, principally through the northern provinces and the gold and diamond districts, during the years 1836-1841*. London: Reeve, Brothers, 1846.
- GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- GRUZINSKI, Serge. *O pensamento mestiço*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- INSTITUTO DO CEARÁ. Informações sobre os índios bárbaros dos sertões de Pernambuco. *Revista do Instituto do Ceará*, ano XXVII, p. 203-219, 1913.
- JOHNSON, Richard. O que é, afinal, Estudos Culturais? In: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *O que é, afinal, Estudos Culturais?* 3. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2004.
- KODAMA, Kaori. *Os índios no Império do Brasil: a etnografia do IHGB entre as décadas de 1840 e 1860*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; São Paulo: Edusp, 2009.
- LEMENHE, Maria Auxiliadora. A economia pastoril. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, n. 12/13, p. 75-106, 1982.
- LIMA, A. C. de S. O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo. *Revista de Antropologia*, [S.l.], v. 55, n. 2, 2013. DOI: [10.11606/2179-0892.ra.2012.59301]. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ra/article/view/59301]. Acesso em: 15.07.2023.
- LUCIANO, Gersem dos Santos. *O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília: MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006.
- MEDEIROS FILHO, Olavo de. Os Tarairiús, extintos tapuias do Nordeste. In: ALMEIDA, Luiz Sávio de; GALINDO, Marcos et SILVA, Edson. *Índios do Nordeste: Temas e Problemas*. Maceió, EDUFAL, 1999.
- MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida severina*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- MENEZES, Djacir. *O outro Nordeste*. Fortaleza: UFC, 1995.
- MONSMA, Karl. *A reprodução do racismo: fazendeiros, negros e imigrantes no oeste paulista, 1880-1914*. São Carlos: EdUFSCar, 2016.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. *Ensaio em antropologia histórica*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.
- OLIVEIRA, João Pacheco de. *O nascimento do Brasil e outros ensaios: "pacificação", regime tutelar e formação de alteridades*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016.
- POMPA, Cristina. *Religião como tradução: missionários, Tupi e Tapuia no Brasil colonial*. Bauru, SP: EDUSC/ANPOCS, 2003.
- POMPEU SOBRINHO, T. Os Tapuias do Nordeste e a monografia de Elias Herckman. *Revista do Instituto do Ceará*, Fortaleza, t. XLVIII, 1934.

- PORTO ALEGRE, M. Sylvia. *Cultura e História: sobre o Desaparecimento dos Povos Indígenas*. In: Rev. de C. Sociais, Fortaleza, v. XXIII/XXIV, n. (1/2): 213-225, 1992.
- PORTO ALEGRE, Maria Sylvia. *Comissão das Borboletas: a ciência do Império entre o Ceará e a Corte (1856-1867)*. Fortaleza, Museu do Ceará/Secult, 2003.
- QUEIROZ, Maria Isaura Pereira de. *História do cangaço*. São Paulo: Global, 1997.
- ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.
- SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: MORAIS, E. (Org.). *Simmel: sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- SIMMEL, Georg. *Ensaio sobre teoria da história*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.
- SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. *Vilas de índios no Ceará Grande: dinâmicas locais sob o Diretório Pombalino*. Campinas (SP): Pontes Editores, 2006.
- STUDART FILHO, Carlos. *Aborígenes do Ceará*. Fortaleza: Editora do Instituto do Ceará, 1965.
- TAUSSIG, Michael. *Xamanismo, Colonialismo e o Homem Selvagem: um estudo sobre o terror e a cura*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.
- TEÓFILO, Rodolfo. *Secas do Ceará: segunda metade do século XIX*. Fortaleza: Tipografia Moderna, 1901.
- TEÓFILO, Rodolfo. *Variola e vacinação no Ceará*. Fortaleza: Fundação Waldemar Alcântara, 1997.
- THÉBERGE, Pedro. *Esboço histórico sobre a província do Ceará*. Fortaleza: Fundação Waldemar Alcântara, 2001.
- TURNER, Victor. Hidalgo: a história enquanto drama social. In: TURNER, Victor. *Dramas, campos e metáforas: ação simbólica na sociedade humana*. Niterói (RJ): Eduff, 2008.
- WHITE, Hayden. *Trópicos do Discurso: ensaios sobre a crítica da cultura*. São Paulo: Ed. EDUSP, 2001.
- WOLF, Eric R. Encarando o poder: velhos *insights*, novas questões. In: FELDMAN-BIANCO, Bela; RIBEIRO, Gustavo Lins (Org.). *Antropologia e poder*. Brasília: Editora da UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- XAVIER, Maico Oliveira. *"Caboclos são os Brancos": dinâmicas das relações socioculturais dos índios do termo da Vila Viçosa Real-Século XIX*, Fortaleza: SECULT/CE, 2012.

7. FONTES MANUSCRITAS E PERIÓDICOS

- Arquivo Público do Estado do Ceará (Apec).
- Instituto Cultural do Cariri (ICC).
- Jornais: *O Cearense*; *Pedro II*; *O Araripe*, *A Constituição*.
- Relatórios de presidentes da província do Ceará: 1839; 1843; 1861; 1867.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A condição jurídica do índio, de Antônio Chaves – *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/151-168;
- As normas punitivas dirigidas aos índios que viviam nas aldeias comandadas pelos jesuitas nas reduções do Paraguai, do Maranhão e do Pará entre os séculos XVII e XVIII, de Júlia Teixeira de Melo – *RBCCrim* 117/375-395;
- Direitos fundamentais dos territórios não autônomos ou sem governo próprio à luz da Carta das Nações Unidas de 1945, de Valerio de Oliveira Mazzuoli – *RT* 963/215-240;
- Economia do garimpo ilícito em terras indígenas na Amazônia: externalidades e regulação estatal, de Alan Robson Alexandrino Ramos, Alexandre Almir Ferreira Rivas e Keyty Almeida de Oliveira – *RAED* 3;
- Mineração em terras indígenas: o regramento jurídico sobre o licenciamento de atividades minerárias que causam impactos em terras indígenas, de Marcelo Tobias da Silva Azevedo e Patrícia Mendanha Dias – *RDA* 88/245-262;
- O direito e a defesa da reserva indígena Uru-Eu-Wau-Wau, de Antônio José Guimarães Brito – *RDA* 18/251-258; e
- Posse de direitos reais e respectiva reintegração em faixa de fronteira, de R. Limongi França – *RT* 658/7-19.

O ENCARCERAMENTO JUVENIL NA ERA DA PANDEMIA: UM OLHAR A PARTIR DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO PERNAMBUCANO

*JUVENILE INCARCERATION IN THE ERA OF THE
PANDEMIC: A LOOK FROM THE SOCIO-EDUCATIONAL
SYSTEM OF THE STATE OF PERNAMBUCO (BRAZIL)*

ÉRICA BABINI LAPA DO AMARAL MACHADO

Doutora (2014) e Mestre (2010) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco e da Universidade de Pernambuco.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7784333143703014>].
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0001-6930-6284>].
ericababini@hotmail.com

HUGO LEONARDO RODRIGUES SANTOS

Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal de Alagoas. Doutor (2015) e Mestre (2008) em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6520668011243642>].
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0003-0139-0525>].
hugoleosantos@yahoo.com.br

MARCO ALEXANDRE DE SOUZA SERRA

Pós-Doutor em Criminologia pela *Universidad Nacional del Litoral*/Argentina (2018). Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2017). Mestre (2007) em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Centro Universitário Ingá (UNINGÁ).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5400707366684431>].
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-4020-4468>].
masouzaser@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10042379>].

Recebido em: 07.07.2022

Aprovado em: 21.09.2023

Última versão dos autores: 25.10.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Infância e Juventude

RESUMO: Este estudo tem o objetivo de refletir sobre as medidas tomadas pelo Poder Judiciário para lidar com a situação de adolescentes privados de liberdade em meio fechado no sistema socioeducativo do estado de Pernambuco – situado no Nordeste do Brasil – em meio à pandemia de Covid-19. A metodologia adotada consistiu na análise de dados quantitativos de movimentação de entrada e saída de adolescentes no sistema socioeducativo em todos os meses de 2019 e de janeiro a julho de 2020, disponibilizados pela Fundação de Atendimento Socioeducativo (FUNASE). A pesquisa assumiu cunho exploratório, visando investigar se o Poder Judiciário adotou, durante a pandemia de Covid-19, uma postura ativa de enfrentamento do encarceramento massivo juvenil que ultrapasse soluções contingenciais de prevenção de saúde pública. Os conhecidos limites de uma abordagem apenas quantitativa, em acréscimo à opacidade dos dados oficiais divulgados, não impediram que se observasse recalcitrância por parte do Poder Judiciário pernambucano em implementar medidas desencarceradoras, de resto recomendadas pelo órgão de controle (Conselho Nacional de Justiça, por exemplo) em nível nacional. O cenário observado põe de manifesto uma prevalência, em termos ideológicos, do menorismo em relação à proteção integral.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento juvenil – Covid-19 – Menorismo – Proteção integral – Socioeducação.

ABSTRACT: This study aims to reflect on the measures taken by the judiciary to deal with the situation of adolescents deprived of their liberty in a closed environment in the socio-educational system of the state of Pernambuco – located in the northeast of Brazil – amid the Covid-19 pandemic. The methodology adopted consisted of the analysis of quantitative data on the entry and exit of adolescents in the socio-educational system in all months of 2019 and from January to July 2020, made available by the Fundação de Atendimento Socioeducativo (FUNASE). The research took an exploratory nature, aiming to investigate whether the judiciary has been adopting, during the Covid-19 pandemic, an active stance to face the massive incarceration of juveniles that goes beyond contingency solutions for public health prevention. The known limits of a purely quantitative approach, in addition to the opacity of the official data released, did not prevent the perception of recalcitrance on the part of the Pernambuco judiciary to implement decarceration policies, recommended by the control body (National Council of Justice, for example). at the national level. The observed scenario shows a prevalence, in ideological terms, of the minority paradigm in relation to integral protection.

KEYWORDS: Juvenile incarceration – Covid-19 – Minorism – Integral protection – Socio-education.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Covid-19 e o risco à vida e saúde de internados no sistema socioeducativo brasileiro. 3. Neomenorismo e movimentos do Poder Judiciário: entre contenção e pulsão punitiva. 4. As entradas e saídas da medida socioeducativa de internação. 5. Refletindo sobre o fluxo de entrada e saída de adolescentes internados em face da pandemia. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 tem reforçado o histórico desprezo da formação social brasileira por vidas em geral. O mesmo país que já contou mais de 60 mil homicídios anuais (IPEA, 2023)¹ consolidou-se entre aqueles com maior número de casos da doença causada pelo novo coronavírus e como segundo colocado em número de óbitos provocados por essa mesma doença, apenas com Estados Unidos à frente (WHO, 2023). Longe de coincidência ou de algo conjuntural, a *performance* do Brasil tem merecido destaque também em outro *ranking* global: o de pessoas privadas de liberdade. Ocupamos o terceiro lugar em números absolutos, com algo em torno de 830 mil pessoas, com uma taxa de indivíduos encarcerados por cada 100 mil habitantes (perto de 400/100.000) certamente entre as maiores (WPB, 2023),² mesmo entre os países mais populosos do mundo.

Este estudo pretende se inscrever na confluência dessas mórbidas estatísticas, procurando revelar uma espécie de resiliência, no sentido negativo da expressão, em as estruturas do país deixarem-se mover por novidades institucionais, a exemplo das que emergem com documentos contemporâneos sobre direitos de crianças e adolescentes, e, mais especificamente, a partir de orientações tendentes a reduzir o grave problema do hiperencarceramento em curso. Em geral abarrotados e degradados, os estabelecimentos prisionais, entre os quais os de internação de adolescentes em conflito com a lei penal, são a expressão mais acabada da atualização que a tragédia brasileira vem experimentando. Para isso, as próprias instituições têm cumprido papel decisivo, inclusive por meio da espécie de desobediência que promovem em relação às próprias diretrizes quando têm em vista a possibilidade de redução do aparato prisional existente.

2. COVID-19 E O RISCO À VIDA E SAÚDE DE INTERNADOS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

Os primeiros casos noticiados de contaminação pelo novo coronavírus vieram de Wuhan, província de Hubei, na China, entre dezembro de 2019 e janeiro de 2020; de

1. Segundo os sucessivos relatórios anuais construídos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) com a colaboração do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), organizados no portal Atlas da Violência, o Brasil registrou dois recordes seguidos no número de homicídios intencionais: 2016, com 62.517, e, 2017, com 65.602 mortes, ao que tem seguido uma redução, até importante, para cerca de 45 mil homicídios nos anos mais recentes. Essa redução, contudo, se tem feito acompanhar pelo significativo aumento de mortes intencionais violentas de causas indeterminadas (MVCI) e de desaparecimentos, a exemplo das 74.061 ocorrências do ano de 2022, 12,9% mais do que os desaparecimentos registrados no ano de 2021 (FBSP, 2023).
2. Conforme a fonte do *World Prison Brief*, mantida pelo *Institute for Crime and Justice Policy Research* (ICPR) da *University of London* (Birbeck) o Brasil estaria atualmente na 13ª posição da população prisional relativa, com exatas 389 pessoas privadas de liberdade para cada 100 mil habitantes, atrás, entre países com mais de 100 milhões de habitantes, apenas dos Estados Unidos. Em situação semelhante, encontra-se, a título comparativo, a Turquia, com aproximadamente 85.280.000 habitantes e 341.497 pessoas privadas de liberdade, o que converge para uma taxa de 400 pessoas presas para cada 100 mil habitantes.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues; SERRA, Marco Alexandre de Souza. O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 189-211. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042379].

imediatamente, pesquisas científicas passaram a anunciar protocolos e características epidemiológicas da doença. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde, ante 700.000 casos confirmados, em mais de 100 países e regiões, declarava existir um surto da doença causada pelo novo coronavírus – Covid-19, alertando que vários países estariam em risco de contaminação. Em março daquele ano, a OMS declarou que o surto possuía a magnitude de uma pandemia. Modelos matemáticos foram criados para a identificação de padrões da doença e de seu desenvolvimento, com o intuito de garantir a preservação da vida humana; por esse motivo, “a pesquisa nunca foi tão importante!” (AL-DADAH; CAROLINE, 2020).

No dia 6 de junho de 2020, reportava-se a contaminação de cerca de 6.855.858 pessoas em todo o mundo, com óbitos de mais de 398.321 pessoas, tendo a pandemia se alastrado por centenas de países. Em janeiro de 2021, já havia o registro de 101.053.721 casos confirmados e 2.182.867 mortes (OPAS, 2021).

No Brasil, no início de junho de 2020, os casos registrados passavam de 645.711, com mais de 35.000 óbitos. Em janeiro de 2021, tinha-se o número de 9.229.322 casos e 225.099 mortes. Declarado, apenas em 05.05.2023, pela Organização Mundial de Saúde o fim da emergência sanitária global, o Brasil atualmente conta, segundo essa mesma organização, com mais de 704 mil mortes e mais de 37 milhões de casos registrados, figurando, cabe reforçar, em segundo e terceiro lugares, respectivamente, no *ranking* mundial de mortes e contaminações. Durante todos esses meses em que durou o estado de emergência global, em meio à pandemia, o Brasil presenciou a substituição de ministros da saúde, tendo o governo federal brasileiro deixado de realizar testagens em massa na população e apostado em medicações e protocolos sem comprovação científica, além de ter desacreditado medidas de prevenção e mesmo a eficácia das vacinas que vinham sendo desenvolvidas ao redor do mundo. Mergulhado em uma grave crise política, o então presidente da República, Jair Bolsonaro, em mais um ato autoritário típico de sua gestão, optou por não apresentar os dados oficiais da doença, retirando o país da plataforma global de acompanhamento da Covid-19. As inúmeras ações desastrosas do governo federal foram denunciadas por Pedro Hallal (2021).

A pandemia impactou profundamente o cotidiano da população mundial. A tendência, já existente anteriormente, de cooperação entre os países para o desenvolvimento de pesquisas de saúde pública, em uma perspectiva globalizada de produção científica, rapidamente tornou-se uma realidade. Assim, respaldados nessas investigações acadêmicas, os protocolos de afastamento ou isolamento sociais e de testagem massificada para identificação, demarcação e tratamento de contaminados, além do uso de máscaras faciais, corresponderam às medidas preventivas recomendadas e adotadas na maioria dos países do mundo. Ante a inexistência de medicamentos com eficácia assegurada contra o coronavírus e considerando, em especial no Brasil, que as vacinas demoraram a ser aplicadas na velocidade necessária, as medidas de isolamento foram e ainda são importante medida de contenção da doença, sobretudo como forma de prevenir o colapso dos sistemas de saúde. Como prova disso, o clamor para “achatar a curva” se difundiu rapidamente, correspondendo à tentativa de minimizar o número de internações hospitalares decorrentes da contaminação de coronavírus, por meio do afastamento social. A preocupação aumentou diante

da informação de que era possível o contágio durante o período de incubação do vírus em pacientes infectados, antes mesmo de visíveis os sintomas, não sendo bem conhecida a duração da contaminação. Trabalhos na área sugeriam que não se poderia precisar em que momento seria possível retirar do isolamento pacientes que foram acometidos pela doença (LIAO et al., 2020). Por fim, é sabido que a contaminação se dá pela transmissão de micropartículas que permanecem suspensas no ar, o que torna a sua prevenção ainda mais difícil. Ante os dados alarmantes, o mundo passou a lutar pela vida!

Porém, o direito de viver nunca foi igual para todos. Na América Latina, em que há escassez de água, deficiências no sistema sanitário e grave desigualdade social, a partir da experiência com o surto da cólera, estimou-se que, além dos elevados números de óbitos, a pandemia da Covid-19 poderia assumir características epidemiológicas com variações regionais; o que se tornou ainda mais grave devido à frágil e instável capacidade de atendimento dos sistemas públicos de saúde. Assim, o imperativo de “achatar a curva” era ainda mais premente nos países do Sul Global.

Nesse sentido, se já era conhecido o fato de que as desigualdades sociais e carências de serviços sanitários têm o condão de potencializar os desdobramentos trágicos decorrentes de um evento dessa magnitude, o que se poderia esperar do impacto da pandemia de coronavírus no sistema penitenciário e socioeducativo brasileiros? Com efeito, o Brasil, em setembro de 2022, segue ocupando, como dissemos, a terceira posição no *ranking* mundial de países que contabilizaram mais casos de contaminação pela Covid-19 e a segunda posição em número de óbitos; de outro lado, este país vivencia há algum tempo uma situação preocupante de hiperencarceramento, possuindo a terceira maior população carcerária mundial, com mais de 800.000 pessoas presas em um sistema prisional que apresenta condições desumanas. O sistema socioeducativo não se diferencia do prisional, nesse aspecto. Tanto que judicialmente se reconheceu que no regime fechado a violência estrutural seria “inerente à superlotação crônica, à falta de pessoal e à manutenção negligente da maioria das unidades de execução da medida socioeducativa de internação” (BRASIL, 2020).

Segundo a base de dados alimentada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no sistema prisional brasileiro estavam registrados, para o mês de junho de 2022, 66.447 casos confirmados de contaminação por coronavírus, com a ocorrência de 287 óbitos. Certa desconfiança entrevista sobre essa última informação parece se confirmar com a consulta ao Boletim Mensal CNJ de Monitoramento Covid-19 (CNJ, 2022), cujos dados apontam, para o mês de março de 2022, a existência de 108.358 casos e a cifra muito superior de 661 óbitos.

No sistema socioeducativo, segundo a fonte mais confiável do CNJ, anteriormente citada, conta-se o número de 14.425 casos e 120 óbitos – todos de servidores públicos –, em ambos os casos para o mês de março de 2022. Contempladas ambas as plataformas, não se devem excluir os muitos casos possivelmente não reportados, em razão da alta taxa de subnotificação que terminou ofuscando os números reais de infecção e morte por Covid-19 em todo o país – sendo que essas cifras ocultas, por certo, afetaram de modo significativo a coleta de informações atinentes às pessoas privadas de liberdade, tal como vinha relatando a plataforma Infovírus (2021), desenvolvida pela sociedade civil.

Ante esse cenário e delimitando mais a problemática desta investigação, serão debatidas as medidas tomadas pelo Poder Judiciário para lidar com a situação de adolescentes privados de liberdade em meio fechado no sistema socioeducativo do estado de Pernambuco – situado no Nordeste do Brasil – em meio à pandemia de Covid-19. Com esse objetivo, o trabalho foi dividido em diversas seções, em que se discutem a seguir, respectivamente: i) elementos teóricos da justiça juvenil e ações do Poder Judiciário ante a pandemia no cenário socioeducativo; ii) a movimentação de adolescentes realizada no sistema de justiça juvenil e a análise em torno dos dados quantitativos levantados, enfocando-se o questionamento a respeito de ter havido ou não impacto significativo no desencarceramento; iii) as entradas e saídas de adolescentes do sistema socioeducativo e a ausência de transparência desses dados, com a consequente dificuldade de inferir hipóteses; iv) ao final, tecemos conclusões.

Para cumprir com essa proposta, adotou-se como metodologia a análise de dados quantitativos de movimentação de entrada e saída de adolescentes no sistema socioeducativo em meio fechado, em todos os meses de 2019 e de janeiro a julho de 2020, disponibilizados pela Fundação de Atendimento Socioeducativo (FUNASE) de Pernambuco, no seu sítio oficial da internet. A pesquisa tem, portanto, um cunho exploratório, objetivando investigar se o Poder Judiciário assumiu, durante a pandemia de Covid-19, uma postura ativa de enfrentamento do encarceramento massivo juvenil que ultrapasse soluções contingenciais de prevenção de saúde pública. Cumpre registrar que, não obstante a existência de certas limitações para o estudo do tema sob uma abordagem quantitativa, como o objetivo dos autores era oferecer reflexões sobre possíveis inferências causais de medidas judiciais em face da prevenção ao contágio do coronavírus, entendeu-se que o banco de dados estruturado da FUNASE seria apto a avaliar o resultado das políticas implementadas pelo Poder Judiciário no trato do sistema socioeducativo durante o período pandêmico.

3. NEOMENORISMO E MOVIMENTOS DO PODER JUDICIÁRIO: ENTRE CONTENÇÃO E PULSÃO PUNITIVA

Neomenorismo é uma expressão que indica um retorno aos preceitos da cultura menorista vigente no final do século XIX e início do século XX, com a retomada das raízes da “compaixão-repressão”, própria da doutrina da situação irregular (GARCÍA MÉNDEZ, 2011). Essa, por sua vez, foi uma tendência nascida da corrente filosófica do positivismo, que preconizava que a situação de abandono, a não efetivação dos direitos fundamentais de “menores” e a transgressão de normas penais faziam surgir uma demanda legítima por proteção-punição (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996).

A teoria era orientada pela defesa social. Logo, baseava-se na ideia reitora de prevenção especial da pena, a qual justificava o sequestro e isolamento do indivíduo para que fossem atingidas duas finalidades concomitantes: proteger a sociedade e oferecer tratamento ao infrator. Com efeito, segundo essa concepção, o delinquente apresentaria desvios físicos e psíquicos (ALVAREZ, 1989) – devendo, por isso mesmo, ser colocado em instituições disciplinadoras (MACHADO; SANTOS; SERRA, 2019). Nesse sentido, “capitular o

delicto e aplicar a respectiva pena” seria algo ineficiente, “Nada mais improprio nem menos apto para o exercício do moderno papel da Justiça”, dizia Paiva, juiz criminal, em 1916 (apud RIZZINI, 2011, p. 126).

O neomenorismo corresponde a um retrocesso, portanto. Desde o estabelecimento da doutrina da proteção integral, instituída em 1989 pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, quando crianças e adolescentes foram alçados a sujeitos de direito, aquela postura paternalista e autoritária deveria ter sido extinta. Entretanto, a tensão ainda existente entre tutelarismo e garantias, materializada pelo

“[...] alcance da discricionariedade judicial e administrativa no tratamento das questões que afetam a infância, e um confuso debate sobre a natureza da responsabilidade penal dos adolescentes (na verdade duas faces da mesma moeda), constituíram o ponto de partida da crescente fratura no campo dos movimentos sociais pelos direitos da infância e da juventude” (GARCÍA MENDEZ, 2011).

Na verdade, não houve ruptura entre as perspectivas políticas e teóricas descritas (CIFALI, 2019), de modo que é possível se falar em uma continuidade da doutrina da situação irregular, ao arripio do Estatuto da Criança e do Adolescente. Muncie (2008) esquematiza essas concepções antípodas a partir da realidade britânica, apontando-as como coexistentes. De um lado, ter-se-ia o modelo de Estado de Bem-Estar, enquanto que, de outro, defende-se que essa perspectiva garantista equivaleria apenas a uma benevolência retórica – que possibilita a discricionariedade e blinda direitos, devendo optar o Estado por um padrão de proporcionalidade entre crime e castigo. Essa celeuma, no Brasil, pode ser percebida facilmente pela correspondência com o tenso diálogo entre menoristas e garantistas.

Entretanto, o sistema socioeducativo é constitucionalmente assentado na proteção integral (art. 227 da Constituição Federal), cujos pressupostos são o princípio do interesse superior da criança e o reconhecimento de sua condição peculiar de desenvolvimento. Daí a exigência de que se estruture uma justiça especializada, que possa garantir direitos especializados e mediar a formulação de políticas que se coadunem com as idiossincrasias desse público. Nesse sentido, o Estatuto, em todas as suas diretrizes de atendimento, opõe-se ao modelo de encarceramento em massa, comum nas outras legislações menoristas. Desde a individualização à desinstitucionalização, perpassando pela descentralização, os objetivos da legislação especial vinculam-se às necessidades das crianças e dos adolescentes, como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e detentores de absoluta precedência por parte da família, da sociedade e do Estado (PAULA, 2006).

Assim, o Estatuto prevê um rito específico de apuração dos atos infracionais – conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) praticada por adolescentes entre 12 anos completos e 18 anos incompletos –, não obstante ele se assemelhar ao procedimento utilizado para a apuração de delitos praticados por adultos. Inclusive, o próprio Estatuto determina que as normas gerais processuais podem ser aplicadas subsidiariamente ao processamento dos atos infracionais (art. 152 do ECA). É verdade que a legislação especial possui ambiguidades, no que diz respeito à identidade de suas normas, pois, embora a maioria dos dispositivos reproduzam princípios

processuais penais, em outros há características mais próximas do processo civil – como se verifica na regulamentação do sistema recursal (art. 21 do ECA), por exemplo.

Após o flagrante de ato infracional, se for o caso de o Ministério Público (art. 180 do ECA) representar à autoridade judiciária, não tendo promovido o arquivamento ou aplicado a remissão em qualquer uma de suas modalidades, ter-se-á a audiência de apresentação. Nessa ocasião, o juiz analisará a possibilidade de liberação ou manutenção do adolescente em internação provisória (art. 184 do ECA). Esta, por sua vez, poderá durar até 45 dias, durante os quais deve ser realizada a audiência de continuação, para instrução processual (art. 186 do ECA), cuja sentença poderá determinar a procedência do pedido ministerial de aplicação da medida socioeducativa, em meio fechado ou aberto, a improcedência do pedido ou a remissão com ou sem condicionamentos no meio fechado ou aberto. Após a entrada no sistema socioeducativo, a execução da medida é regida pela Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (Lei 12.594/2012), que determina a reavaliação semestral (no máximo) da medida, podendo resultar em manutenção, suspensão ou substituição por outra medida menos grave (em meio aberto); ou a sua extinção (art. 43 do ECA).

Apesar dessa estrutura normativa protetiva – que deveria impedir a presença da lógica de encarceramento sistematizado, tão característica do sistema criminal – no julgamento dos atos infracionais, o que se verifica, de fato, no decorrer dos últimos anos, é um aumento acentuado da população de adolescentes privados de liberdade em decorrência do cumprimento de medidas socioeducativas de internação, a ponto de o Comitê sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas apontar que “medidas alternativas à detenção não estão sendo aplicadas efetivamente” no Brasil (2015, em tradução livre).

Em setembro de 2019, o levantamento do Conselho Nacional do Ministério Público apontava 18.086 adolescentes em privação de liberdade por tempo indeterminado, em 330 unidades socioeducativas (BRASIL, 2019). Ao longo dos anos, os percentuais de encarceramento variaram para cima: “De 2014 para 2015, nota-se uma variação quanto ao tipo de atendimento, pois houve aumento no número de adolescentes em internação, de 16.902 para 18.381 e também no número de adolescentes em semiliberdade, de 2.173 para 2.348” (BRASIL, 2018).

Essa política de encarceramento é, por si só, um indicativo claro da prevalência da lógica de institucionalização no sistema socioeducativo, sendo cabível refletir sobre a responsabilidade do Poder Judiciário em face desse fenômeno, sobretudo nestes tempos de pandemia. À primeira vista, poderia soar aos mais incrédulos um pouco exagerado enfatizar esse papel dos magistrados para a manutenção do encarceramento massivo. Contudo, quando se verifica que existem espaços de discricionariedade nas decisões, nas quais deveria prevalecer a aplicação de medidas alternativas à prisão sempre que possível,³ e que, muitas vezes, a opção

3. A grande margem de discricionariedade para a interpretação das normas é um problema à parte na legislação estatutária (MACHADO; SANTOS; SERRA, 2019), apesar de haver alguma justificativa para isso, em decorrência do escopo de atendimento das múltiplas necessidades relacionadas à aplicação de privação de liberdade para esse público específico. Nesse sentido, as Regras de Beijing estatuem que “6.1 Tendo-se em conta as diversas necessidades especiais dos jovens, assim como a

pela privação da liberdade dos adolescentes se dá como resposta a uma arraigada cultura forense de aprisionamento, chega-se à conclusão de que, para a minimização da grave situação de superlotação prisional, é necessário que os magistrados assumam um compromisso político com a diminuição dos cárceres adultos e juvenis.

Por outro lado, é interessante constatar que, se a justiça penal pode realmente influenciar de modo direto e impactante as dinâmicas de encarceramento, então, chega-se ao entendimento de que seria possível elaborar estratégias eficientes de desencarceramento pela via judicial. Nesse sentido, é possível citar exemplos em que o Poder Judiciário promoveu intervenções bastante positivas na questão, possibilitando a minimização ou atenuação do hiperencarceramento.

Nos Estados Unidos – país que detém a maior taxa de prisionização do mundo e que definiu o conceito de encarceramento massivo – é possível verificar um conjunto de decisões judiciais – as quais culminaram no julgamento do caso *Brown v. Plata*, pela Suprema Corte daquele país no ano de 2011 – que ocasionou a redução da população prisional do Estado da Califórnia, além de ter modificado o modelo encarcerador que vinha sendo praticado e promovido a reafirmação da dignidade dos detentos, que deve ser assegurada pelas instituições de reclusão. Segundo Jonathan Simon, teria se constituído um novo paradigma, resultante dessa atuação do Judiciário, no qual

“o impulso de encarcerar é contrabalanceado por uma consciência aguda dos extremamente altos custos do encarceramento, com consequências de longo prazo para a saúde dos detentos e a situação fiscal de nosso sistema de cuidados de saúde. Esse novo senso comum adota um princípio de parcimônia na utilização da prisão, que já vinha sendo assumido por vários países após a Segunda Guerra Mundial, antes que a onda de medo da criminalidade crescente nos anos 1960 tivesse varrido décadas de conhecimento criminológico e penal” (SIMON, 2014, p. 158, em tradução livre).

Também é possível mencionar o instituto do estado de coisas inconstitucional, criado pela jurisdição constitucional colombiana em 1997 para os casos de violações de direitos fundamentais que possuem três características: i) serem resultantes de um processo estrutural ou histórico; ii) não ser possível atribuir a responsabilidade a apenas um ente ou instituição, mas, sim, ao próprio Estado; e iii) a necessidade de adoção de medidas de longo prazo para a resolução do problema (MACHADO, 2020). Com esses parâmetros, a Corte constitucional colombiana entendeu, em decisão paradigmática (COLÔMBIA, 1998), e apoiando-se em documentos e relatórios que retratavam em detalhes a situação precária do sistema penitenciário daquele país, que havia um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. Toda a fundamentação da decisão se voltou para o problema da superlotação carcerária, sendo que a partir desse problema a Corte “faz derivar a violação de todos direitos

diversidade de medidas disponíveis, facultar-se-á uma margem suficiente para o exercício de faculdades discricionárias nas diferentes etapas dos processos e nos distintos níveis da administração da Justiça da Infância e da Juventude, incluídos os de investigação, processamento, sentença e das medidas complementares das decisões” (ONU, 1985).

dos presos: direito à dignidade, a não receber tratamento ou penas cruéis, inumanas ou degradantes, direito à vida e à integridade física, direito à família (diante dos obstáculos às visitas), direito à saúde, ao trabalho, à educação e o direito à presunção de inocência, violado pela ausência de separação entre condenados e provisórios” (ROCHA MACHADO, 2020, p. 643.). Uma das limitações da decisão foi o fato de que, para a resolução desse problema, determinou-se fundamentalmente a construção de novas unidades prisionais e a reforma das já existentes, sem uma maior preocupação com a situação dos reclusos que estavam no sistema até que as melhorias fossem concretizadas (MACHADO, Érica Babini L. A. 2020).

O instituto do estado de coisas inconstitucional foi utilizado no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 pela Corte constitucional brasileira (BRASIL, 2016). O Poder Judiciário foi instado, pelos autores da ação, a assumir a sua responsabilidade pela situação caótica do sistema penitenciário brasileiro. Segundo Máira Machado, esse precedente, juntamente com o *Habeas Corpus* 118.533/MS e o *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP “de diferentes maneiras, rompem com a lógica de atribuição de responsabilidade externa e, ademais, convocam o poder judiciário a incorporar aos seus processos decisórios às peculiaridades e características das pessoas e das circunstâncias concretas de cumprimento de pena em nosso país” (2020). Certamente uma das consequências mais importantes da decisão referida para a implementação de uma estratégia de desencarceramento, de parte da justiça penal, foi a instituição das audiências de custódia. Não obstante, é sabido que a realização dessas audiências não tem obtido o sucesso almejado na consecução desse objetivo desencarcerador – o que se pode afirmar, inclusive, com relação à realidade específica da justiça pernambucana (VALENÇA; BORBA; CASTRO, 2017).

Como já se registrou anteriormente, não se pode ser otimista a ponto de acreditar que apenas essas iniciativas do Poder Judiciário seriam suficientes para resolver o grave problema carcerário brasileiro. Ainda mais se considerando a existência de uma cultura jurídica de autoritarismo e encarceramento, que afeta diretamente o comportamento dos atores jurídicos envolvidos no sistema punitivo. Entretanto, não deixa de ser importante a percepção de que a justiça criminal começa a ser pressionada para que se manifeste sobre sua responsabilidade com relação ao encarceramento massivo – e, consequentemente, a rever sua postura diante da sistemática e banalizada imposição de medidas privativas de liberdade. Esse raciocínio também é válido para o sistema socioeducativo, sobretudo diante do fato de que “o encarceramento de jovens autores de atos infracionais tem superado significativamente as taxas de prisionalização de adultos, situação que demonstra e projeta a tendência nacional de aumento do punitivismo em todos os níveis do controle formal” (CARVALHO, 2015).

Nessa linha de raciocínio, no auge da pandemia da Covid-19, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação 62, em 17 de março de 2020 (BRASIL, 2020), com o objetivo de promover o desencarceramento, a fim de evitar mortes de pessoas privadas de liberdade e de impedir o alastramento do vírus nos sistemas penitenciário e socioeducativo. Posteriormente, o prazo concedido para o cumprimento das normas ali contidas foi renovado pela Recomendação 68. O primeiro ato normativo referido é enfático ao estatuir:

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues; SERRA, Marco Alexandre de Souza. O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 189-211. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042379].

“[...] Art. 2º Recomendar aos magistrados competentes para a fase de conhecimento na apuração de atos infracionais nas Varas da Infância e da Juventude a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, a aplicação preferencial de medidas socioeducativas em meio aberto e a revisão das decisões que determinaram a internação provisória, notadamente em relação a adolescentes: [...]”

Art. 3º Recomendar aos magistrados com competência para a execução de medidas socioeducativas a adoção de providências com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, especialmente [...]:

I – a reavaliação de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão [...]

II – a reavaliação das decisões que determinaram a aplicação de internação-sanção, prevista no art. 122, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente” (grifos nossos).

Também em meio à pandemia, o Supremo Tribunal Federal julgou em definitivo o *Habeas Corpus* coletivo 143.988/ES, no dia 14 de agosto de 2020, em cuja decisão se reconheceu o princípio *numerus clausus* no sistema socioeducativo de internação “como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso” (BRASIL, 2020). Desse modo, ficou estabelecido o patamar máximo de 100% da capacidade de lotação das unidades socioeducativas. Esse *Habeas Corpus* foi impetrado no ano de 2018, em função de problemas com as internações de adolescentes do estado do Espírito Santo. Concedeu-se, em um primeiro momento, uma liminar que impedia que o número de internados ultrapassasse o patamar de 119% da capacidade das unidades. Em seguida, em maio de 2019, os efeitos dessa decisão foram ampliados para outros estados, inclusive para Pernambuco, tendo sido fixado o patamar de lotação das unidades em 100% de sua capacidade. Avançou-se assim na possibilidade do cumprimento daquelas medidas que ultrapassavam esse quantitativo nas residências dos adolescentes.

No ano de 2020, as determinações resultantes da decisão definitiva do *Habeas Corpus* coletivo 143.988/ES somaram-se à Recomendação 62 do CNJ, no sentido de o Poder Judiciário redobrar esforços para a promoção do desencarceramento. Reforçou-se desse modo, ao menos em termos discursivos, o desapego do sistema juvenil da lógica encarceradora típica do sistema penal adulto, com o consequente fortalecimento da doutrina da proteção integral. Por fim, é importante apontar que o estado de Pernambuco implementou, a partir de abril de 2020, as teleaudiências, as quais consistem em um esforço de racionalização de recursos dos Poderes Executivo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o intuito de que as audiências de avaliação das medidas socioeducativas aconteçam nas próprias unidades da FUNASE, em meio virtual, com participação de todos os atores processuais (FUNASE, 2021).

4. AS ENTRADAS E SAÍDAS DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

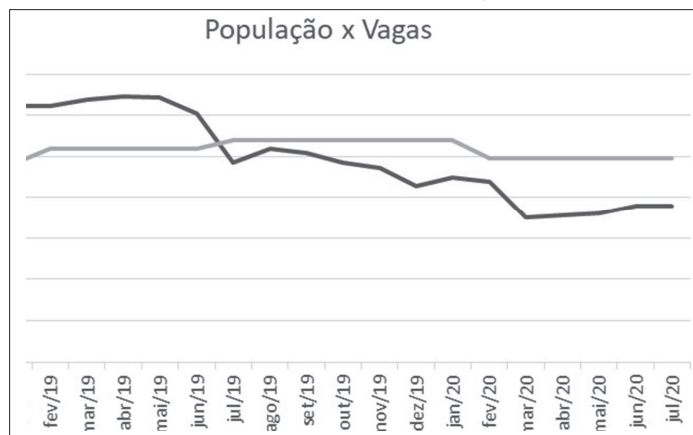
O movimento de entrada e saída do sistema juvenil depende sempre da decretação de uma decisão judicial, seja no momento da entrada da internação provisória, seja ainda na

manutenção da medida socioeducativa. Desde esse ponto, serão empreendidos esforços para a compreensão das dinâmicas do encarceramento juvenil no sistema socioeducativo pernambucano, a partir do entendimento do eventual impacto provocado pelas medidas judiciais anteriormente descritas, considerando-se ainda o contexto de pandemia da Covid-19. Para tanto, far-se-á uma comparação do movimento de entradas e saídas de adolescentes relativas às internações do ano de 2019, tomando-se analiticamente os dados compilados mês a mês.

Outrossim, é preciso pontuar que, durante a pandemia da Covid-19, não se obtiveram documentos ou outras fontes que sirvam como indicadores seguros para a afirmação de que houve efetivamente desencarceramento. Tampouco é possível realizar uma avaliação positiva/negativa acerca do mérito dos atos judiciais. Desse modo, o objetivo deste trabalho foi interpretar essas dinâmicas de internação, cotejando-as com as referências teóricas já apresentadas. A partir dessa observação, entende-se ser possível fazer questionamentos a respeito dos pretensos efeitos que a recomendação do Conselho Nacional de Justiça teria provocado na libertação de adolescentes, ou ao menos problematizar a ideia de que a justiça juvenil tem se engajado na meta de desencarceramento do sistema socioeducativo.

Do ponto de vista da ocupação das unidades no estado de Pernambuco, no ano de 2019, a taxa de ocupação manteve-se no patamar de 120% até o mês de julho, quando começou a haver uma redução da ocupação, com um leve sobressalto de crescimento do número de internamentos em agosto de 2019, mas não ultrapassando o número de vagas disponíveis. A inflexão no mês de julho da taxa de ocupação é de 90%, chegando a atingir 79%, em dezembro de 2019. Esse movimento de redução da taxa de ocupação foi acompanhado por um decréscimo da população prisional, que deixou de corresponder a uma média de 1.266 adolescentes, no início do ano de 2019, atingindo o quantitativo de 970 internos em julho de 2019, e, por fim, de 857 em dezembro de 2019.

É importante destacar que, no mês da inflexão decrescente (julho de 2019), os efeitos do HC coletivo foram estendidos para o estado de Pernambuco, como já apontado, com a realização de mutirões envolvendo os Poderes Executivo, Judiciário e a Defensoria Pública.



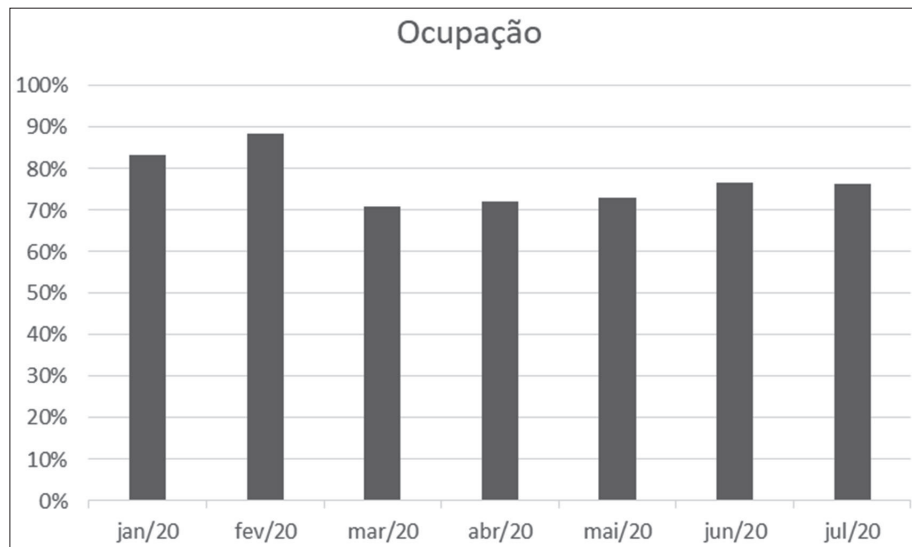
Fonte: elaborado pelos autores, 2021.

Nessa ocasião, tornaram-se obrigatórias as audiências concentradas de revisão de medida socioeducativa (FUNASE, 2019). Outrossim, a partir daquele mesmo mês, curiosamente, houve aumento de vagas totais das unidades de internação do estado, saindo de 1.03 para 1.079 – correspondentes ao acréscimo de 11 vagas na unidade de Abreu e Lima, quatro vagas em Santo Agostinho e 28 vagas em Garanhuns, unidades da região metropolitana de Recife e Agreste, respectivamente. O que não deixa de causar surpresa, considerando-se que esse aumento de 43 vagas para a internação de adolescentes vai de encontro à orientação do Supremo Tribunal Federal de promoção de medidas desencarceradoras, além de ser contraditória com relação à situação peculiar em que se encontrava a FUNASE.

A FUNASE vinha sofrendo pressões desde o ano de 2011 para a redução das vagas disponíveis para a internação, em razão das sistemáticas violações ocorridas em suas unidades. Entre os anos de 2012 e 2017, 49 adolescentes morreram em unidades da FUNASE. A instituição também recebeu recomendações do Conselho Nacional de Justiça para o fechamento da unidade de Abreu e Lima, que apresentava graves problemas – para que se tenha uma ideia, somente nesse centro de atendimento socioeducativo foram assassinados dois adolescentes e fugiram outros 35 em junho de 2017. Entretanto, o fechamento dessa unidade apenas se concretizou em 27 de janeiro de 2020 – como resultado de uma exitosa Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de Pernambuco no ano de 2017.

Ocorreu uma variação do número de encarcerados entre julho e dezembro de 2019, com a redução da população encarcerada, em comparação com o número de internados em junho de 2019, que era de 1.266 adolescentes. Não obstante, apesar desse decréscimo, como já registrado anteriormente, houve uma expansão do sistema de internamento juvenil no mês, com a criação de mais 43 vagas no mês de julho de 2019. Além disso, é preciso considerar que mesmo com o fechamento da unidade de Abreu e Lima, em janeiro de 2020, quando a população era de 898 e em fevereiro de 875 adolescentes encarcerados, a taxa de ocupação foi de 83% e 88%, respectivamente. Isto é, o percentual da ocupação dos dois primeiros meses de 2020 é similar ao do mês de julho de 2019, quando existiam 98 vagas mais, correspondentes à unidade de Abreu e Lima.

Desse modo, é possível sugerir que a política de desencarceramento não está sendo priorizada na pauta do Poder Judiciário, já que se verifica nas decisões judiciais de entrada e saída de adolescentes que, em termos relativos, manteve-se o patamar anterior de ocupação das unidades de internamento. Isso ocorreu apesar do fechamento de unidades e não obstante as decisões do Supremo Tribunal Federal – que intentaram impulsionar medidas desencarceradoras – e a exposição das condições insalubres e desumanas das unidades pernambucanas – denunciadas pela sociedade civil (importante trabalho de acompanhamento realizado pelo Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares – GAJOP) e que serviram de fundamento para a Ação Civil Pública mencionada.



Fonte: elaborado pelos autores.

Apesar da inferência, cumpre destacar a importante atuação do Poder Judiciário em atenção à sua responsabilidade de agir rapidamente para salvar vidas (dentro e fora das unidades de internação) ante a pandemia do novo coronavírus. Assim, a partir de março de 2020, quando foi declarada a situação de pandemia e iniciou-se o processo de isolamento social, publicou-se a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça. A partir de então, a população de adolescentes internados decresceu no geral – apesar de um pequeno aumento da população em maio de 2020. Ademais, houve uma redução da taxa de ocupação, considerando-se o primeiro e o último mês analisados.

Com efeito, quando comparadas as taxas de ocupação dos anos de 2019 e 2020, seria possível concluir que no último ano referido teria havido efetivamente desencarceramento, com a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça sendo entendida como o ponto de inflexão desse fenômeno. Ocorre que, partindo-se de evidências registradas em outros estudos de que a citada recomendação produziu pouco impacto (VASCONCELOS; MACHADO; WANG, 2020a); assumindo as observações de que nem mesmo o fato de ser o detento integrante de grupo de risco elevado seria relevante para a decisão de sua retirada do sistema prisional, já que magistrados do estado de São Paulo “ignoram os riscos da pandemia para as pessoas em privação de liberdade” (VASCONCELOS, MACHADO, WANG, 2020b); levando em consideração que, no âmbito socioeducativo, começaram a ser prorrogadas as medidas de internação provisória, algo até então inédito (SILVA, 2020); e, por fim, lembrando que o sistema jurídico brasileiro possui uma cultura punitivista arraigada, era preciso questionar mais a fundo esse ideia de que a recomendação teria gerado um processo de desencarceramento de adolescentes em Pernambuco.

5. REFLETINDO SOBRE O FLUXO DE ENTRADA E SAÍDA DE ADOLESCENTES INTERNADOS EM FACE DA PANDEMIA

A princípio, deve-se considerar que as ilações aqui apresentadas devem ser consideradas como hipóteses sujeitas à verificação com mais profundidade. Uma exploração sobre as decisões judiciais responsáveis por entradas e saídas de adolescentes do sistema socioeducativo, tanto mais de tipo qualitativo, constitui uma dentre as várias possibilidades que se abrem. A inferência, até aqui, é de natureza formal. Ademais, não se pode jamais indicar, categoricamente, que o Poder Judiciário seria o único responsável pelo encarceramento em massa. Outrossim, é possível ponderar a respeito da ausência de transparência dos dados, dificuldade que já é uma praxe no âmbito da segurança pública brasileira (FBSP, 2016) e mais ainda no sistema socioeducativo. Sobre as informações relativas ao sistema socioeducativo, por exemplo, tem-se que o último relatório oficial de âmbito nacional apresenta informações levantadas apenas até o ano de 2016, tendo sido publicado em 2018. No estado de Pernambuco, em tempos de Covid-19, foram disponibilizados dados insuficientes ao longo dos anos de pandemia – contrariando a determinação de divulgação transparente dessas informações, contida na Resolução 1/2020 (Pandemia e Direitos Humanos nas Américas), aprovada em 10 de abril de 2020 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (2020).

Por outro lado, o CNJ (2022), por meio do monitoramento, aponta dados agregados de contaminação, ajudando na transparência e orientação para ações do Poder Judiciário. No entanto, como o banco de dados e a publicação dos boletins se dão a partir de junho de 2020 e não se forneceu detalhamento por estado e por medida aplicada, não é possível discutir o que houve em termos sanitários; novamente indo de encontro com as orientações de Direitos Humanos da Resolução da OEA.

Os dados divulgados pelos boletins do CNJ (2022) apontam um número inicial de 239 casos de adolescentes em privação de liberdade com contaminação confirmada em 15 de junho de 2020, quando tem início a publicação dos dados. O ano de 2020 termina com 1.183 casos de contaminação nacional, sendo 72 casos em Pernambuco. No ano seguinte, em 2021, os dados apontam 1.377 casos para o mês de janeiro, sendo 73 em Pernambuco, e terminam em dezembro com 2.929 casos, sendo 99 deles em Pernambuco.

Não é possível fazer muitas inferências, uma vez que a metodologia de contagem não é detalhadamente descrita. Mesmo as referências são difíceis. Por exemplo, a partir de janeiro de 2021 o estado de Pernambuco passa a informar que os dados são referentes à população em medida de internação e semiliberdade, sem especificar se esses dados são diferentes aos referidos ao ano de 2020.

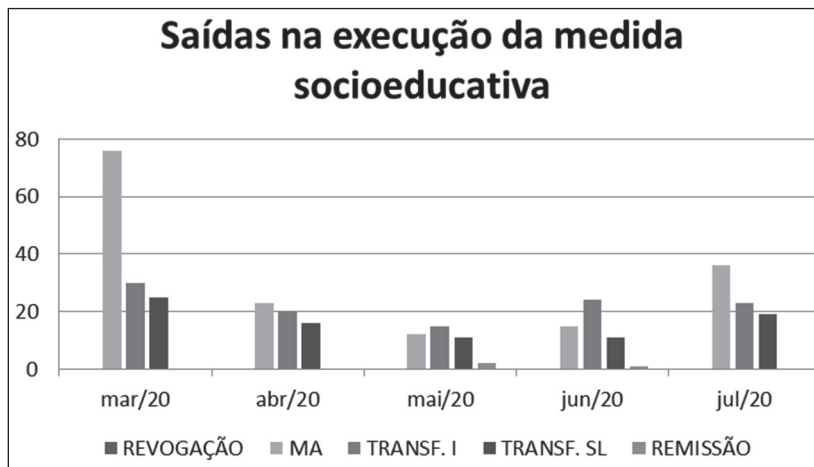
De todo modo, sem nenhuma pretensão comparativa entre estados, porque não é esse o objetivo deste estudo, é possível afirmar que a contaminação existia nas unidades de internação, não somente entre adolescentes, mas também entre servidores que de algum modo ainda permaneciam circulando nos espaços.

Voltando ao estado de Pernambuco, após essas observações, registra-se que a redução da população internada já estava ocorrendo desde julho de 2019, como visto anteriormente.

A diminuição do número de adolescentes presos se manteve durante os meses de janeiro e fevereiro de 2020 e continuou a cair a partir de março do mesmo ano, mas sem nenhuma inflexão brusca – exatamente como havia acontecido em julho de 2019. Isto é, a cifra de mais de 700 adolescentes internados em Pernambuco em julho de 2020, em meio ao agravamento da pandemia de Covid-19, não é resultante de uma aceleração das saídas em virtude da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça, mas, sim, resultado da continuação de uma leve tendência já existente anteriormente, que apenas se somou ao advento da recomendação. A desinternação poderia, portanto, ter sido bem mais acentuada se a política de desencarceramento e as medidas de prevenção à contaminação pelo novo coronavírus tivessem sido obedecidas à risca pelo Poder Judiciário.

As hipóteses de que não é possível ser otimista com essa redução da população encarcerada e tampouco cogitar que ela seria resultante de uma maior sensibilidade da justiça juvenil com as metas de desencarceramento tornam-se mais evidentes a partir da observação das justificativas de saída das unidades de internação durante os meses de março a julho de 2020. No âmbito das internações provisórias, a movimentação de não institucionalização (colocação em meio aberto, remissão ou revogação da medida) representou 55% e a colocação em sistema de confinamento correspondeu a 45%, de um total de 532 saídas. Fica claro, portanto, que o Judiciário não foi capaz de evitar que a provisoriedade da medida de internação se tornasse definitiva. Afinal, mesmo com a necessidade de adoção de ações preventivas em razão da pandemia e a despeito das diretrizes de minimização do confinamento decorrentes de comandos do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, ainda assim o Judiciário pernambucano permitiu que pouco menos de metade da população internada provisoriamente seguisse para o encarceramento.

No caso das medidas de internação, a execução dentro do cárcere não foi interrompida. As saídas por remissão ou revogação da medida ou para colocação em meio aberto – que significam efetivamente desencarceramento, além de maior proteção à contaminação de Covid-19, para a população cativa e que se encontra fora do cárcere – representaram tão somente 34% da movimentação da saída no período. Por outro lado, as formas de manutenção no cárcere corresponderam a 40% do total de 481 saídas no período. Os 25% restantes relacionam-se a hipóteses que também seriam de encarceramento, como os casos em que o adolescente é movido para o sistema adulto. Ou, nas situações em que se cumpriu integralmente a medida, a indicação de saída do sistema socioeducativo não pode ser interpretada como medida de desencarceramento, já que não houve decisão judicial e a liberdade é decorrente do esgotamento da sanção aplicada anteriormente e até evasão.



Fonte: elaborado pelos autores.

É assustador observar que não houve nenhuma revogação de execução da medida socioeducativa de internação durante o período de março a julho de 2020, em plena pandemia de Covid-19. A situação se torna ainda mais dramática quando se leva em consideração que Pernambuco tinha, no final de maio de 2020, a segunda maior taxa de mortalidade da doença no país, quando medida em termos relativos à população estadual. Nesse sentido, possuía “uma taxa de mortalidade de 29,37 (por 100.000 habitantes); o dobro do registrado para o país (13,91 por 100.000 habitantes), e quase seis vezes maior que a taxa de mortalidade do mundo (4,84 por 100.000 habitantes)” (SÁ et al., 2021, p. 2).

Mais: o primeiro decreto com a recomendação de paralisação de atividades não essenciais foi publicado no dia 14.03.2020 (Decreto 48.809) e o isolamento foi intensificado até o dia 31.05.2020, o que fez com que com o estado ficasse entre os primeiros no índice de isolamento social. Os boletins epidemiológicos semanalmente identificavam a emergência em termos da saúde pública, com crescimento descontrolado de contaminações e óbitos por Covid-19 e até 31.07.2020 esse documento registrava 95.005 casos confirmados e 6.557 óbitos; e na população privada de liberdade, havia informação de 1.356 casos (SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO, 2020a).⁴

Aliás, a primeira versão do plano de contingenciamento (SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO, 2020b) já prescrevia as medidas de isolamento, sendo que não dispôs sobre práticas preventivas nos sistemas socioeducativo e prisional. Nesse contexto, é importante registrar que a sociedade civil organizada, reunida em torno da Rede Solidária em Defesa da Vida – PE (REDE EM DEFESA DA VIDA, 2020), já em 30.03.2020 alertou o governo da necessidade de respostas específicas à população vulnerabilizada.

4. É importante registrar que esses documentos estaduais não são explicativos. Não há, por exemplo, indicações de qual seria o contingente de pessoas privadas de liberdade.

Outrossim, sabe-se que o número de casos reportados é baixo, possivelmente, em função da inexistência de testagem massificada. De qualquer maneira, a constatação da alta quantidade de mortes registradas na população pernambucana em face do baixo número de saídas no sistema socioeducativo leva à conclusão de que existe uma indiferença para com a vida e a saúde dos internados.

Portanto, sair do sistema socioeducativo não foi realmente uma alternativa considerada seriamente pela justiça juvenil. Manteve-se o controle institucional de qualquer modo, seja no sistema fechado, seja no aberto, e em decorrência de atos infracionais que variam entre ameaça, vias de fato, furto, tráfico, associação para o tráfico – sendo que nenhuma dessas hipóteses justifica a colocação do adolescente em medida de internação, do ponto de vista legal e mesmo jurisprudencial, como é o caso do tráfico de entorpecentes (Súmula 492 do Superior Tribunal de Justiça).

Ao final, é possível concluir da análise de ambas as movimentações que, quando o adolescente está internado, a possibilidade de ser encaminhado para o cárcere é considerável; consequentemente, quando está internado, sair da situação de privação de liberdade termina sendo uma grande exceção. Logo, verifica-se que a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça não produziu os efeitos esperados de proteção da população juvenil privada de liberdade, pois se manteve a velha lógica de encarceramento. Isso equivale a afirmar que a magistratura pernambucana adotou as máximas da defesa social, em detrimento dos preceitos constitucionais da proteção integral.

No cárcere não é possível efetivar nenhuma das medidas sanitárias recomendadas para a prevenção da Covid-19. Quanto ao isolamento e distanciamento sociais, são impossíveis de serem garantidos intramuros, em unidades com condições precárias e população de internados elevada. Nas unidades de internação, todas as clivagens de classe, raça e gênero são o paroxismo materializado, e as expectativas divulgadas pelas pesquisas científicas de que as desigualdades existentes poderiam maximizar a tragédia, ao que parece, não foram consideradas devidamente pela magistratura pernambucana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a pandemia provocada pela Covid-19, as ações institucionais dos Estados foram (e estão sendo) determinantes para garantia dos direitos de viver e ter saúde, uma vez que, com o alastramento do vírus, as recomendações indicadas pela ciência foram isolamento e distanciamento sociais, higiene das mãos, uso de máscaras. Isto é, ordenação e provimento estatais seriam fundamentais para evitar óbitos, colapso do sistema de saúde e derrocada das vidas comunitárias em todo o mundo.

Nos ambientes de confinamento, essa responsabilidade estatal é ainda maior. Na tensão entre defesa social e vida dos reclusos, as diretrizes de direitos humanos de Estados Democráticos de Direito recomendam a interrupção do encarceramento, tal como orientou, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação 62/2020. No sistema juvenil, dada a doutrina da proteção integral, a movimentação de saídas e a evitação da entrada de adolescentes nas medidas em meio fechado indubitavelmente seriam a tônica principal. Entretanto, não foi o que ocorreu.

Neste estudo, usando-se dados quantitativos do fluxo de movimentação de adolescentes no sistema socioeducativo em meio fechado no estado pernambucano entre os anos de 2019 e 2020, foi possível verificar que a Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça não provocou impacto no desencarceramento de adolescentes, uma vez que entre março e julho de 2020 não houve revogação de medida em meio fechado, a colocação em meio aberto foi diminuta e a política predominante foi a de inúmeras transferências para outros estabelecimentos igualmente em meio fechado (internação e semiliberdade). No caso das medidas provisórias, a possibilidade de encaminhamento para meio fechado foi alta, mesmo com notícias de altos índices de contaminação e óbito. É preciso evidenciar também a falta de transparência dos dados, seja no quantitativo de movimentação de adolescentes, seja na divulgação dos casos de contaminação e/ou óbito por Covid-19, como se demonstrou.

O cenário descrito remonta exatamente à lógica prevalente da prisionalização, própria da defesa social e característica do neomenorismo, com total descaso à doutrina da proteção integral, e pior, à saúde e à vida; tudo sob total responsabilidade do Poder Judiciário pernambucano.

7. REFERÊNCIAS

- AL-DADAH, Oday; CAROLINE, Hing. Novel coronavirus (Covid-19): a global pandemic. *Knee*, [s.l.], v. 27, n. 2, 2020.
- ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do código de menores de 1927: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Monitoramento CNJ Covid-19*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/]. Acesso: 08.02.2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação 62*. Brasília, 17.03.2020. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 10.02.2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados brasileiros*. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.
- BRASIL. *Levantamento anual SINASE 2016*. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.
- CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, p. 623-652, 2015.
- CIFALI, Ana Cláudia. *As disputas pela definição da justiça juvenil no Brasil: atores, representações sociais e racionalidades*. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

- FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf]. Acesso em: 20.09.2023.
- FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). *Diagnóstico sobre os processos e procedimentos de produção de estatísticas e análise de informações em segurança pública e sistema prisional das unidades da federação e do governo federal*. 2016. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/06/FBSP_diagnostico_producao_informacao_sist_penitenciario_2016.pdf]. Acesso em 08.02.2021.
- FUNASE. *Teleaudiências*. Disponível em: [www.funase.pe.gov.br/noticias/11-blog/3616-funase-e-justica-realizam-primeiras-teleaudiencias-com-adolescentes]. Acesso em: 08.02.2021.
- GARCÍA MENDEZ, Emílio. Das relaciones públicas al neomenorismo: 20 años de Convención Internacional de los derechos del niño en America Latina (1989-2009). *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 117-141, jan.-abr. 2011.
- HALLAL, Pedro C. SOS Brazil: science under Attack. *The Lancet*, [s.l.], v. 397, p. 373-374, jan. 2021. Disponível em: [www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2821%2900141-0]. Acesso em: 01.02.2021.
- INFOVÍRUS. *Infovírus: prisões e pandemia*. Disponível em: [www.covidnasprisoes.com/infovirus]. Acesso em: 01.02.2021.
- IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Atlas da Violência*. Disponível em: [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/328]. Acesso em: 20.09.2023.
- LIAO, Chia-Hung et al. How do we decide to de-isolate COVID-19 patients? *Journal of Microbiology, Immunology and Infection*, [s.l.], v. 53, n. 3, p. 386-388, jun. 2020. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1684118220300852?via%3Dihub]. Acesso em: 09.02.2021.
- MACHADO, Érica Babini L. A. Da racionalidade normativa à prática judicial da justiça juvenil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 169, p. 193-229, 2020.
- MACHADO, Érica Babini L. A.; SANTOS, Milena de Oliveira. Influências criminológicas e ambiguidades: em busca de uma hermenêutica para a justiça juvenil. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Direito penal, processo penal e criminologia*. 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].
- MACHADO, Érica Babini L. A.; SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues; SERRA, Marco Alexandre Souza. Permanências históricas na criminalização da infância: observações sobre as consequências do neomenorismo no sistema de justiça juvenil brasileiro. *Direito Público*, Brasília, v. 16, n. 89, p. 96-113, 2019.

- MUNCIE, John. The 'punitive' turn in juvenile justice: cultures of control and rights compliance in western europe and the usa. *Youth Justice*, [s.l.], v. 8, n. 2, p. 107-121, 2008.
- OEA (Organização dos Estados Americanos). *Resolução 1/2020 – pandemia e direitos humanos nas Américas*. Disponível em: [www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf]. Acesso em: 20.12.2020.
- 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, São Paulo, 2016.
- ONU (Organização das Nações Unidas). *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Brazil*. 30.10.2015. Disponível em: [http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjNHBumcEd5TkNWJOjDFQeatJbyFs960qiwzXV0YO437juxmhfAMHNLV1o3vXd5Afw5LCD74G939ZexURikte8y6sfGv2Qx5kMx0LNfKc1Bm]. Acesso em: 10.02.2021.
- ONU (Organização das Nações Unidas). *Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude* (Regras de Beijing), 29.11.1985. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm]. Acesso em: 10.02.2021.
- OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde). *Folha informativa Covid-19*. Disponível em: [www.paho.org/pt/covid19]. Acesso em: 01.02.2021.
- PAULA, Liana de. Encarceramento de adolescentes: o caso Febem. In: LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de (Org.). *Segurança pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006.
- REDE EM DEFESA DA VIDA. *Documento 1*. 2020. Disponível em: [www.unicap.br/catedradomhelder/?p=3151]. Acesso em: 24.02.2021.
- RIZZINI, Irene. *O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- ROCHA MACHADO, Maíra. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 631-664, 2020.
- SÁ, Álvaro Robério de Souza et al. *Informativo 02: Covid-19 em Pernambuco: quão grave tem sido a Pandemia no estado?* Universidade Federal de Pernambuco (Núcleo em economia regional e urbana/ Programa de Pós-graduação em Economia/Campus Agreste). Jun. 2020. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/342009284_Informativo_02_COVID-19_em_Pernambuco_Quao_grave_tem_sido_a_Pandemia_no_Estado]. Acesso em: 25.02.2021.
- SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. SECRETARIA EXECUTIVA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. *Plano de contingência para infecção humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)*. Versão n. 01. Pernambuco, fev. 2020a. Disponível em: [https://12ad4c92-89c7-4218-9e11-0ee136fa4b92.filesusr.com/ugd/3293a8_c375104f0742412380f5ae9049559254.pdf]. Acesso em: 24.02.2021.

- SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE DE PERNAMBUCO. SECRETARIA EXECUTIVA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. *Boletim Epidemiológico* n. 153. 31.07.2020b. Disponível em: [<http://portal.saude.pe.gov.br/boletim-epidemiologico-covid-19>]. Acesso em: 25.02.2021.
- SILVA, Patrícia. A Covid e o sistema socioeducativo. *Infovírus*, 25.08.2020. Disponível em: [www.covidnasprisoas.com/blog/covid-19-e-sistema-socioeducativo?categoryId=184056]. Acesso em: 08.02.2021.
- SIMON, Jonathan. *Mass incarceration on trial*. New York: The New Press, 2014.
- STAKE, Robert E. Pesquisa qualitativa/naturalista: problemas epistemológicos. *Educação e Seleção*, São Paulo, n. 07, p. 19-27, 2013. Disponível em: [<http://publicacoes.fcc.org.br/index.php/edusel/article/view/2541>]. Acesso em: 09.02.2021.
- TUARDES DE GONZÁLEZ, Trina. Tendencias evolutivas en la protección del niño y del adolescente: de la situación irregular a la protección integral. *Capítulo Criminológico*, [s.l.], v. 24, n. 2, p. 119-136, 1996.
- VALENÇA, Manuela Abath; BORBA, Marcela Martins; CASTRO, Helena Rocha Coutinho de. Audiências de custódia e seus desafios: apontamentos a partir da realidade do Recife. In: SANTORO, Antônio Eduardo; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). *Audiência de custódia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- VASCONCELOS, Natália Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. Covid-19 nas prisões: um estudo das decisões em habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 5, p. 1472-1485, set.-out. 2020a.
- VASCONCELOS, Natália Pires de; MACHADO, Maíra Rocha; WANG, Daniel Wei Liang. Pandemia só das grades para fora: os Habeas Corpus julgados pelo Tribunal de São Paulo. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 541-569, 2020b.
- WHO (World Health Organization). *WHO Coronavirus Dashboard*. Disponível em: [<https://covid19.who.int/table>]. Acesso em: 20.09.2023.
- WPB (World Prison Brief). *World Prison Brief data*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data]. Acesso em: 20.09.2023.

8. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 347, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, Plenário, j. 19.02.2016. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>]. Acesso em: 10.02.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. *Habeas Corpus* 143.988/ES. 2ª Turma, Relator Min. Edson Fachin, Brasília, j. 24.08.2020. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753732203>]. Acesso em: 10.02.2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de tutela 153/98*. Magistrado responsável: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, 28.04.1998. Disponível em: [<https://app.vlex.com/#vid/43561621>]. Acesso em: 10.02.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Infância e Juventude

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica, de Romulo Fonseca Morais e Ana Celina Bentes Hamoy – *RBCCrim* 165/337-378;
- A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ, de Flora Sartorelli Venâncio de Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 129/257-284;
- Da racionalidade normativa à prática judicial da justiça juvenil – uma revisão teórica, de Érica Babini Lapa do Amaral Machado – *RBCCrim* 169/193-229;
- O discurso moralizante nas sentenças que restringem ou privam de liberdade adolescentes em Belo Horizonte, de Fernando Gonzaga Jayme e Elisa Barroso Fernandes Tamantini – *RBCCrim* 166/377-410;
- Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática de infração penal no Brasil, de Ellen Cristina Carmo Rodrigues – *RBCCrim* 127/225-262; e
- Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil Uruguayo, de Carolina González Laurino – *RBCCrim* 180/201-234.

DIREITO PENAL, CRIMINOLOGIA CRÍTICA E LITERATURA: ELEMENTOS PARA A CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS E ÀS JUSTIFICAÇÕES DA PUNIÇÃO EM CLARICE LISPECTOR

*CRIMINAL LAW, CRITICAL CRIMINOLOGY AND LITERATURE:
ELEMENTS TO THE CRITIQUE TO THE FOUNDATIONS AND
JUSTIFICATIONS OF PUNISHMENT IN CLARICE LISPECTOR*



Assista agora aos
comentários do autor
para este artigo

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ

Estágio pós-doutoral em Direito Penal (UERJ) (2023). Doutor em Direito (2020) pela PUC-Rio. Mestre (2016) em Direito Penal pela UERJ. Bacharel (2014) em Direito pela UERJ. Professor adjunto de Direito Penal (UFF) e Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Advogado.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4038462874056018>].
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-0471-2529>].
ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10042409>].

Recebido em: 15.12.2022

Aprovado em: 13.06.2023

Última versão do autor: 15.07.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo pretende encontrar elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição na obra de Clarice Lispector, dialogando com direito penal, criminologia crítica e literatura. A investigação consiste em pesquisa teórica por revisão bibliográfica e documental, empregando-se método indutivo e indiciário (Ginzburg) e relacionando Direito e Literatura em um modelo dialógico. Assim, primeiro, analisam-se as críticas criminológicas à fundamentação e justificação da punição; na sequência, são

ABSTRACT: The paper intends to find elements to the critique to the foundations and justifications of punishment in Clarice Lispector's work, dialoguing Criminal Law, Critical Criminology and Literature. The investigation consists of theoretical research by literature and documental review, applying inductive and evidentiary methods (Ginzburg) and relating Law and Literature in a dialogical model. Therefore, firstly, the criminological critiques to the foundations and justifications of punishment are analyzed; in sequel,

apresentadas as críticas de Clarice, examinando-se cada um de seus textos; ao final, são indicados os resultados obtidos, respondendo-se às perguntas formuladas.

PALAVRAS-CHAVE: Clarice Lispector – Direito e literatura – Criminologia crítica – Poder punitivo – Punição.

Clarice's critiques are presented, examining each of her texts; at the end, the obtained results are indicated, answering the formulated questions.

KEYWORDS: Clarice Lispector – Law and Literature – Critical criminology – Punitive power – Punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As críticas criminológicas às teorias de fundamentação e justificação da punição: breve exposição teórica. 3. As críticas de Clarice Lispector à punição: entre textos-chave e textos laterais. 3.1. Textos-chave. 3.1.1. Observações sobre o direito de punir (1941). 3.1.2. "Nossa conversa": a crítica de Ilka Soares na coluna "Só para mulheres" à pena de morte (1960). 3.1.3. Mineirinho (1962). 3.2. Textos laterais. 4. Compreendendo a crítica de Clarice Lispector aos fundamentos e às justificações da punição: metodologia, marco teórico e elementos originais. 4.1. Metodologia: a transdisciplinaridade. 4.2. O marco teórico: entre uma criminologia crítica e um positivismo contra-hegemônico. 4.3. As contribuições críticas originais de Clarice. 4.3.1. Sobre "morfina punitiva", "os sonsos essenciais" e a suspensão do conflito. 4.3.2. O "orgulho" de não ver e não sentir: crítica à justiça penal retributiva. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pensemos, por um instante, na questão criminal brasileira dividida em três cenas ou atos. *Cena 1:* Chacinas da Favela Nova Brasília, de 1994 e 1995¹ e Massacre do Castelinho, de 2002.² Pela primeira, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; pelo segundo, foi denunciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Comentário: "Uma justiça que não se esqueça de que nós todos somos perigosos, e que na hora em que o justiceiro mata, ele não está mais nos protegendo nem querendo eliminar um criminoso, ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado" (LISPECTOR, 2019, p. 181).

Cena 2: o Brasil possui, hoje, segundo o CNJ, 891.869 pessoas privadas de liberdade³ para 470.116 vagas (esse dado, por sua vez, de acordo com os dados do DEPEN relativos ao

1. O Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) neste caso em 2017. Sentença disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf]. Acesso em: 13.12.2022.

2. Em 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou denúncia à Corte IDH buscando a condenação do Brasil pelas mortes ocorridas nessa chacina. Para mais informações sobre o caso José Airton Honorato e outros v. Brasil, consultar: [www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/146.asp]. Acesso em: 13.12.2022.

3. BRASIL, 2022a.

período de julho a dezembro de 2021⁴). O STF, na ADPF 347, já reconheceu tratar-se de um estado de coisas inconstitucional. Comentário: “Não há direito de punir. Há apenas poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte que ele, a guerra, grande crime, não é punida porque se acima dum homem há os homens acima dos homens nada mais há” (LISPECTOR, 2020f, p. 48).

Cena 3: os mesmos parlamentares (ou candidatos) de sempre insistem, especialmente em períodos eleitorais, em defender barbáries inconstitucionais e inconventionais como a pena de morte. Comentário: “uma justiça que mata como um médico que desse veneno a um doente porque não soubesse que remédio outro lhe dar ou não tivesse no hospital lugar para ele” (SOARES, 1960, p. 26).

Das cenas, da realidade, à arte; e, na arte, a crítica. Os comentários anteriores são da escritora, tradutora, jornalista, advogada e mãe Clarice Lispector – escritora “crítica, radicalmente crítica”, nas palavras de Nilo Batista (BATISTA; BARLETTA, 2020, p. 84), o que a coloca, inclusive, na vanguarda do pensamento político-criminal crítico (Ibidem, p. 82), com o que se está plenamente de acordo. Porém, tal colocação foi feita, a princípio, somente a partir da análise e discussão de dois de seus principais textos que tocam na questão criminal: o primeiro, *Observações sobre o direito de punir* (1941), trabalho mais acadêmico, e *Mineirinho*, conto publicado em 1962. Constatou-se, mesmo, uma escassez de pesquisas criminológicas de maior fôlego dedicadas à investigação de contribuições de Clarice para as ciências criminais no Brasil – salvo raras e honrosas exceções, algumas sequer brasileiras.⁵

Buscando maior aprofundamento na obra de Clarice, mas com o olhar interessado das ciências criminais, o presente artigo pretende responder às seguintes perguntas: *de que maneira Clarice formulou suas críticas aos fundamentos e pressupostos das justificações da punição*⁶ – tema em permanente atualidade, urgência e necessidade no contexto brasileiro? A escritora se inseria em um marco criminológico positivista? Caso seu marco seja positivista, a escritora assumiu posição contra-hegemônica? Há críticas originais presentes em sua obra? Se sim, quais?

4. BRASIL, 2022b.

5. A paixão de Clarice pelo tema do crime e da punição foi percebida por Benjamin Moser, que chega a chamar de “tema obsessivo” para ela (MOSER, 2017, p. 533). Entre os louváveis, porém escassos trabalhos em ciências criminais dedicados ao estudo de Clarice Lispector, destacam-se: CHAVES, 2012; DE CRESCENZO, 2016; fora das ciências criminais (mas com elas dialogando), encontram-se REZENDE; OLIVEIRA, 2020; ROSENBAUM, 2010, p. 169-182.

6. Optou-se pelo vocábulo mais aberto, “punição”, ao invés de, simplesmente, “pena”, de modo a se contemplar nesta pesquisa tanto a punição estatal (pena legal), habilitada em um processo penal e aplicada pelo Judiciário, como o justicamento – que não deixa de ser punição (e, para alguns, sequer deixa de ser pena, ainda que ilegal). Contudo, para evitar confusões e a necessidade de se esclarecer a todo tempo a legalidade ou ilegalidade da pena, “punição” parece mais adequado e compatível a uma proposta de reflexão situada no campo criminológico crítico (que, em geral, busca exercitar um olhar externo ao jurídico) e não traz maiores prejuízos à compreensão do leitor.

Nesses termos, o trabalho⁷ pretende verificar as seguintes hipóteses: Clarice teria, sim, desenvolvido críticas à punição, o fazendo de forma transdisciplinar⁸ e por duas frentes: (i) no campo⁹ acadêmico jurídico-penal, por meio de críticas explícitas; (ii) no campo literário, com críticas explícitas e implícitas; e, finalmente, articulando elementos de um positivismo criminológico contra-hegemônico e de uma criminologia crítica, a autora teria sido autêntica e original em relação à boa parte das críticas que seriam popularizadas no campo jurídico-penal e criminológico apenas a partir dos anos 80 do século XX no Brasil.

Para tanto, será empregada pesquisa teórica por revisão bibliográfica e documental, partindo-se em especial de induções. Ou seja, a partir da análise de cada texto, conto, crônica, artigo, livro, entrevista, enfim, cada documento coletado de Clarice Lispector e aqui trazido por critério de proximidade temática, serão propostas interpretações e conclusões mais amplas sobre suas perspectivas a respeito dos fundamentos e das justificações do poder de punir.

Ainda no que se refere ao método, será adotado o paradigma indiciário de Ginzburg (1989), que propõe ao pesquisador a análise cuidadosa de detalhes, nuances, miudezas, pequenos sinais e elementos, para além do dito, visto ou representado, que, dessa forma, lhe permitam compreender e atribuir algum sentido ao objeto. No caso da obra de Clarice, essa parece ser uma forma adequada de abordá-la, haja vista a escritora ter deixado grande parte de suas impressões sobre a questão criminal brasileira de forma esparsa, implícita ou atécnica.

A pesquisa se insere no âmbito das criminologias críticas latino-americana e brasileira, as quais, como ensina Vera Regina Pereira de Andrade:

“[...] recolhendo o contributo das matrizes europeias e norte-americanas, radiografam a especificidade da problemática latino-americana e do drama em que está envolta a engenharia dos nossos sistemas penais, imprimindo àquela uma fundamentação teórico-em-pírica singular, que nos fornece subsídios cabais, definitivos, dos caminhos que o controle penal não pode mais legitimamente trilhar na perspectiva dos direitos humanos e da democracia” (ANDRADE, 2012, p. 117).

7. O presente trabalho é um dos produtos da pesquisa de estágio de pós-doutoramento do autor, intitulada “*Clarice Lispector, Criminóloga: contribuições para a crítica da questão criminal brasileira*”, desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, linha de pesquisa de Direito Penal, da Faculdade de Direito da UERJ, sob a orientação da Profa. Dra. Patricia Gliuche (UERJ).
8. Nas palavras de Isac Nikos Iribarry, “a transdisciplinaridade, por seu turno, está preocupada com uma interação entre as disciplinas, onde cada uma delas busca um além de si, um além de toda a disciplina: sua finalidade é a compreensão do mundo presente, de modo que haja uma unidade plural de conhecimentos” (IRIBARRY, 2003, p. 485).
9. O termo “campo” não foi empregado em sentido coloquial, mas no sentido sociológico utilizado por Bourdieu ao se referir ao “campo jurídico”; “campo literário”, “campo político” etc.; ou seja, um espaço ou sistema no interior do cosmo social de sociedades altamente diferenciadas marcados por regras, lógicas, lutas de poder cujo objetivo é a apropriação do capital específico daquele determinado campo (LAHIRE, 2017, p. 64-65), para se frisar que o fato de Clarice ter escrito *fora* do direito ou da criminologia não é mera coincidência, mas traço de sua trajetória carregado de significado político.

A proposta de pesquisa suscita esclarecimentos adicionais: afinal, por que Clarice (e não outro escritor, ou escritora)? Por que desenvolver e submeter uma pesquisa que imerge na literatura brasileira sobre uma escritora em um periódico voltado às ciências criminais, cujo público-alvo é composto, também, por operadores do Direito? Para se responder a essas questões, deve-se recordar, primeiro, quem foi Clarice.¹⁰

Clarice foi uma escritora e jornalista brasileira que nasceu na Ucrânia (Chaya Pinkhasivna Lispector; em ucraniano, *Хая Пінкасівна Ліспектор*), em 10 de dezembro de 1920, na aldeia de Chechelnyk, região da Podólia, então parte da República Popular da Ucrânia e hoje parte da moderna Ucrânia. Filha de judeus, sua família fugiu da perseguição antissemita decorrente da Guerra Civil Russa (1918-1920). Em 1922, a família consegue emigrar ao Brasil, embarcando no navio brasileiro Cuyabá, que os levou a Maceió. No Brasil, os nomes russos foram substituídos por nomes da onomástica da língua portuguesa: Chaya, então, virou Clarice.

Advogada de formação pela Faculdade Nacional de Direito e jornalista, Clarice Lispector recebeu os prêmios Graça Aranha (1944, pela obra *Perto do Coração Selvagem*, do mesmo ano), Carmem Dolores Barbosa (1961, pela obra *A Maçã no Escuro*), Jabuti (1961, por *Laços de Família*, coletânea de contos e, *post-mortem*, 1978, por *A Hora da Estrela*) e Ordem do Mérito Cultural (*post mortem*, 2011). No total, sua obra recebeu mais de 200 traduções para mais de dez idiomas, do tcheco ao japonês, sendo mais de 179 traduções integrais de livros e 25 de contos publicados em periódicos. Seus livros mais traduzidos são principalmente os romances: *A Hora da Estrela*, com 22 traduções; *A Paixão Segundo G. H.*, também com 22; *Perto do Coração Selvagem*, com 18; *Laços de Família*, com 16; e *Uma Aprendizagem ou O Livro dos Prazeres*, com 15.

Para além das extraordinárias credenciais da escritora, as pontes, as conversas e os diálogos entre os saberes criminológicos, jurídico-penais e a literatura não são novidades. Roberto Lyra afirmava que “só a literatura social (romances, contos, crônicas etc.) exhibe ao natural o que se artificializa em leis, tratados, compêndios [...]” e que “somente a arte pode mergulhar de olhos abertos nas ondas sociais”, não se encontrando no “ventre dos autos” o que está nas “entranhas da sociedade” (LYRA, 1974, p. 207). Não à toa, Nilo Batista, na abertura de um de seus livros mais recentes, “Machado de Assis, criminalista”, assinala, referindo-se ao público leitor do campo jurídico, que “só temos a ganhar abrindo nossos emperrados ferrolhos metodológicos para a história e as letras que a entretecem” (BATISTA, 2018, p. xii).

Ademais, o estudo de criminologia e literatura permite o desenvolvimento do que Rafe McGregor chama de “criticismo criminológico”, definido como “o emprego de alegorias com o fim de explicar as causas do dano e da injustiça social com a intenção de que a prática crítica constitua uma intervenção, isto é, contribua para a redução do dano e da injustiça social” (tradução nossa) (MCGREGOR, 2022, p. 21-22). No mesmo sentido, é possível

10. Informações obtidas em: [www.rocco.com.br/especial/claricelispector/]; [www.acardigon.com/single-post/2017/04/07/Clarice-Lispector-como-tradutora]; https://pt.wikipedia.org/wiki/Clarice_Lispector]. Acesso em: 13.12.2022.

fazemos referência à necessidade de uma “imaginação criminológica” (YOUNG, 2011), compreendendo, à luz da criminologia cultural, como a ação humana e a circunstância histórica inevitavelmente se entrelaçam; dentro do amplo alcance da estrutura social e da mudança social, modelos emergentes de poder e controle se infiltram na vida cotidiana, para ali serem ampliados ou resistidos na sensualidade da experiência vivida (FERREL; HAYWARD, 2017, p. 39). Mesmo no próprio direito penal, o valor do diálogo com a literatura é reconhecido por Zaffaroni e Croxatto, que observam nela o intento de “humanizar o direito que o penalismo desumanizou, reduzido à mera ‘técnica’ formal, a um castigo que se ‘administra’ e subministra” (tradução nossa) (ZAFFARONI; CROXATTO, 2017, p. 72).

Uma última palavra quanto à relação entre direito/criminologia e literatura (na linha dos estudos de *Law and Literature*): trabalham-se os dois campos do conhecimento como diferentes, em um modelo dialógico, pensando-se, como leciona María Jimena Sáenz (ancorada em Martha Nussbaum), no “valor, usos e efeitos da literatura como tal no direito e imaginar formas de diálogo que mantenham a diferença entre os interlocutores sem subordiná-los mutuamente” (tradução livre) (SÁENZ, 2021, p. 40). Elege-se essa abordagem por ela se mostrar adequada para que direito e literatura possam se enriquecer mutuamente e, assim, tentar evitar possíveis vícios metodológicos de um tratamento equivocado entre os dois: primeiro, quando o direito *coloniza* a literatura e ela figura como mera *coadjuvante*, um campo secundário e acessório; e, segundo, quando se *eliminam* as fronteiras entre direito e literatura, e se termina por produzir conclusões superficiais, inconsistentes e precárias para um e outro campo.

Feitos os esclarecimentos preliminares, o percurso do artigo passará, primeiro, por uma breve exposição teórica das críticas criminológicas à fundamentação e justificação da punição. Na sequência, serão trazidas as críticas de Clarice, analisando-se cada um de seus escritos em dois blocos, dividindo-os entre “textos-chave” e “textos laterais” segundo o valor essencial ou lateral do tema no texto em análise; após, passa-se a responder às perguntas inicialmente formuladas, demonstrando-se a relevância do estudo dos escritos de Clarice no tema e apresentando-se os resultados obtidos.

2. AS CRÍTICAS CRIMINOLÓGICAS ÀS TEORIAS DE FUNDAMENTAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO: BREVE EXPOSIÇÃO TEÓRICA

De há muito, a penologia, inspirada pela observância à Lei de Hume (que interdita a formulação lógica de conclusões prescritivas ou morais a partir de elementos descritivos ou fáticos), percebe que a pergunta “por que castigar” admite duas linhas de respostas distintas: compreendendo-se, em um primeiro sentido, a pergunta como “*por que existe a pena*”, sugere-se indagar sobre as razões pelas quais as sociedades humanas desenvolveram a experiência punitiva; por outro lado, em um segundo sentido, a questão se apresenta como “*por que deve existir a pena*”, ou “*por que se deve punir*”, isto é, quais as finalidades (proposições normativas) de se punir. O primeiro problema diz respeito aos *fundamentos* da punição; o segundo, às suas *justificações* (CARVALHO, 2020, p. 66-69; PAVARINI, 2018, p. 373-374),

este tradicionalmente expresso na forma das conhecidas “teorias (legitimantes) da pena”, quais seja, retribuição e prevenção,¹¹ e suas correlatas (e inúmeras) variações.

A respeito dos *fundamentos* da punição, o elenco de opções e suas respectivas críticas são bastante variados, abrangendo desde o contratualismo até o organicismo, incluindo a formação econômica, social, colonial e mesmo a influência da religião na maneira pela qual as sociedades pensaram e praticaram o castigo.¹² Porém, é o segundo problema, aqui chamado *justificacionismo*, que se pretende analisar mais detidamente.

Inobstante cada particular justificação do castigo se assentar em premissas, argumentos e posições por vezes diametralmente distintos entre si, e para além de suas conhecidas críticas,¹³ é possível identificar dois pressupostos comuns ao justificacionismo: (i) a *obediência à Lei de Hume*, que edifica uma blindagem metodológica à infiltração, no saber jurídico-penal, da crítica criminológica que denuncia a irrealização empírica das finalidades legitimantes da pena; e (ii) um *modelo consensual de sociedade* que confere sentido e coerência à legitimação do poder punitivo, convertendo-o em *ius puniendi*, assumindo como inquestionáveis as ideias de valores morais aceitos e compartilhados (expressos nas normas penais), conhecidos pelos indivíduos e protegidos por sanções que reestabelecem a ordem e a harmonia dessa mesma sociedade (CARVALHO, 2013b).¹⁴

A crítica criminológica rompe com ambos os pressupostos, primeiro, assumindo consistentemente a violação intencional à Lei de Hume (ao que Ferrajoli chamaria de “vício ideológico”). Nesse sentido, sustenta Salo de Carvalho:

“A opção pela perspectiva criminológica crítica permite abandonar a devoção sacra à Lei de Hume em nome da preocupação efetiva com a vida das pessoas que sofrem com as intermitências criadas pelas grandes narrativas teóricas. Intermitências expostas na tensão entre as formas abstratas de justificação da pena e a experiência real da aflição punitiva. A opção, portanto, deriva da preocupação exclusiva de garantir os direitos humanos

11. No conhecido esquema teórico que remete a Anton Bauer, na primeira metade do século XIX (ZAFFARONI; SANTOS, 2019, p. 17).

12. A propósito do primeiro problema (fundamentação), sugere-se, por todos, ALAGIA, 2013; BATISTA, 2022.

13. Sobre isso, conferir BATISTA; ZAFFARONI et al., 2006; JOFFILY, 2011; TEIXEIRA, 2015; ROIG, 2015; CARVALHO, 2020.

14. Desde outras matrizes e perspectivas, trata-se, aqui, do que Álvaro Pires identifica como “racionalidade penal moderna”. Nas palavras de Pires, “a teoria da racionalidade penal moderna (RPM) é uma teoria sociológica sistêmica que descreve a emergência de um sistema de ideias formado pelas teorias modernas da pena e que apresenta esse sistema de ideias como um ‘obstáculo epistemológico’ (Bachelard) à reconstrução – ou à ‘evolução de patamar’ (Simondon) – do sistema de Direito Criminal, tal como ele se diferenciou e se construiu na Europa e nas américas a partir dos séculos XII e XIII” (PIRES, 2017, p. 136). Ela é composta por três pilares, na leitura de Xavier: (i) um direito de punir, que assume a forma de uma obrigação de punir; (ii) essa obrigação é substancializada de forma mais dura do que uma intervenção qualquer; (iii) a ideia de “proteção da sociedade”, que seria exercida pelo Direito Penal, que guarda uma visão hostil do infrator, concebido como inimigo da sociedade (XAVIER, 2015, p. 449-452).

de todos aqueles que foram envolvidos em fatos nominados como *crime* e que resultaram em *punição*; aquelas pessoas identificadas como frágeis nas situações-problema geridas pelo sistema punitivo, ou seja, a *vítima* no momento do delito, o *réu* no momento do processo e o *condenado* nos momentos de efetivação da pena ou da medida de segurança” (grifos do autor) (CARVALHO, 2020, p. 71).

Quanto ao modelo consensual, além de bastante criticado pelas teorias do conflito (que enfatizam as temáticas das tensões e dos conflitos gerados pelas desigualdades políticas, econômicas, de classe, raça, gênero, sexualidade, entre outras) (CARVALHO, 2013b, p. 154-155), ele igualmente se assenta na ideia de que os desviantes são sujeitos racionais, capazes de compreender pela razão a importância das normas e dos valores que regem a sociedade, bem como podem avaliar os benefícios de sua lesão e os ônus advindos de eventual sanção, o que é muito dificilmente sustentado pela psicologia moral ou pela psicanálise, as quais pugnam pela raridade com que se encontram sujeitos com o (bastante) elevado nível desenvolvimento moral esperado por esse modelo (TANGERINO, 2014, p. 53-54).

A apresentação desse quadro teórico, com nuances distintas em cada autor, teve seu desenvolvimento, inserção e reconhecimento no campo acadêmico das ciências criminais brasileiras a partir, sobretudo, dos anos 70 e 80 do século XX, com o resgate e a releitura da obra de Tobias Barreto por Eugenio Raúl Zaffaroni em seu “Em busca das penas perdidas”, que representa um verdadeiro marco e “divisor de águas” nesse assunto (FERRAZ, 2018). Entretanto, o que passou despercebido pelo campo jurídico-penal e criminológico-crítico é que Clarice Lispector já havia antecipado boa parte dessa crítica contemporânea, além de, ela própria, ter trazido a esse debate, no Brasil, contribuições originais e relevantes – ainda que desde outros lugares, como a literatura.

3. AS CRÍTICAS DE CLARICE LISPECTOR À PUNIÇÃO: ENTRE TEXTOS-CHAVE E TEXTOS LATERAIS

Para que se possa compreender com clareza e consistência o valor das críticas que Clarice trouxe, retomou ou antecipou, pretende-se analisar conjunta e cronologicamente seus principais textos que trouxeram contribuições ao debate dos fundamentos e das justificações da punição. Apesar de muitíssimo interessante, não se aprofundarão aspectos de sua biografia pessoal que poderiam, de um ou outro modo, tê-la influenciado em sua visão de mundo e seus argumentos.¹⁵ Para a presente investigação, será suficiente um olhar curioso, atento e dialógico para as letras de Clarice e certa sensibilidade jurídico-penal e criminológico-crítica para interpretá-las.

Os textos de Clarice que se dedicaram, de alguma maneira, aos fundamentos e às justificações da punição (nem todos situados propriamente no gênero literário, diga-se de passagem) foram divididos em dois blocos segundo o valor essencial ou lateral do tema em cada

15. A biografia pessoal de Clarice pode ser estudada no detalhe em excelentes trabalhos (que aqui foram parcialmente utilizados), como: GOTLIB, 2013; MONTERO, 2021; MOSER, 2017.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 213-240. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042409].

texto analisado. Por essa razão, em um primeiro momento, foi possível identificar o que se chamou de *textos-chave*, que são mais coerentes e possuem similaridades temáticas e argumentativas entre si; e *textos laterais*, que variam em forma e nos quais apenas indiretamente é possível encontrar críticas (ainda assim, válidas e relevantes) a esse tema.

3.1. *Textos-chave*

3.1.1. *Observações sobre o direito de punir (1941)*

Observações sobre o direito de punir, publicado em agosto de 1941 na Revista “A época”, organizada por alunos do curso de Direito da Faculdade Nacional de Direito, é, sem dúvidas, o mais importante texto de Clarice a propósito dos fundamentos e das justificações da punição. É tentadora uma abordagem apressada e compará-lo, imediatamente, ao seminal *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, de Tobias Barreto (BATISTA; BARLETTA, 2020, p. 82), quando a autora começa afirmando “não há direito de punir. Há apenas poder de punir” (LISPECTOR, 2020f, p. 48). Não obstante, certa contextualização e maior aprofundamento se fazem necessários para apreender toda a sua potência.

1940 é um ano crucial para o direito penal brasileiro. O Estado Novo em seu auge; Brasil (ainda) neutro na 2ª Guerra Mundial, embora já tivesse deportado Olga Benário para a Alemanha nazista quatro anos antes; ano da Reforma Penal de 1940 e ano da famosa conferência de Nelson Hungria – um de seus mais destacados reformadores e já livre-docente pela Faculdade Nacional de Direito – intitulada *O direito penal no Estado Novo brasileiro* (HUNGRIA, 1940), 1940 foi um ano particularmente convidativo para reflexões jurídico-penais e criminológicas.

Em agosto de 1941, temos uma jovem Clarice Lispector, com toda sua bagagem familiar e pessoal, graduanda em direito, com apenas 20 anos de idade, que, em outubro daquele ano, faria declarações polêmicas à revista estudantil semanal “Diretrizes”, afirmando estarem “Crime e castigo” e “Humilhados e ofendidos”, de Dostoiévski, entre “os melhores livros da literatura universal”,¹⁶ e que seria mais fácil “superar Machado de Assis do que igualá-lo”, uma vez que, como romancista, “não era seguro e não obedecia a normas” (LISPECTOR, 1941, p. 20). A despeito de ter optado pelos caminhos da literatura, próxima dos seus 21 anos, suas notas na Faculdade atestavam sua competência e potencial para as ciências criminais: direito penal, 9; direito comercial, 8,5; direito civil, 7,5 e direito internacional, 7,0 (MONTERO, 2021, p. 508).

Feita a breve contextualização, “Observações” é um ensaio curto, direto, escrito preferencialmente para um leitor inserido no campo jurídico acadêmico. Composto de cinco partes e uma conclusão, a abertura com a negação de um direito de punir é fundamentada, primeiro, a partir da desestabilização do que venha a ser “crime”, constatando a instabilidade

16. Juntamente com “Sem olhos em Gaza”, de Huxley; “Mediterrâneo”, de Panait Istrat; e as obras de Anatole France.

histórica do que ele significou ao longo do tempo¹⁷ e de um ataque frontal a um modelo homogêneo e coeso de sociedade, marcado pelo conflito de grupos e forças.¹⁸

A segunda parte do ensaio, dedicada a apresentar uma “hipótese quanto ao surgimento e evolução do direito de punir”, se apoia em certa leitura geral do contratualismo, em que os direitos e deveres – e, consequentemente, a pena – advêm de pactos de evitação de abusos e vingança privada.¹⁹ No contexto geral do texto, essa parte figura como a posição a que Clarice se dedicará a rebater.

E assim procede a autora a partir da terceira parte, criticando, primeiro, a expressão “direito de punir” porque ela representaria conteúdos diversos: o que se tem não é direito a punir, mas a se defender (LISPECTOR, 2020f, p. 50); punir seria resquício do passado, não diferente da vingança; e a manutenção desse termo, “punir” (e um “direito de punir”), atestaria o fato de ser constituído por “sentimentos individuais dos aplicadores do direito, como sejam sadismo e ideia de força que confere o poder de punir” (LISPECTOR, 2020f, p. 51).

Na quarta parte, a crítica de Clarice ao contratualismo se concentra nos termos em que esse suposto contrato seria tratado, identificando a autora que a contrapartida (a punição, ser punido pelo cometimento de crimes) não é aceita pelos indivíduos, pecando assim por “conferir à evolução da sociedade e do direito muito da intervenção consciente do homem”. Se nesse aspecto faltaria a “vontade” de contratar, então de “contrato” já não mais se trata. É verdade que Clarice poderia ter desenvolvido melhor o argumento do que em menos de um parágrafo,²⁰ mas o essencial ela afirmou (implicitamente): o pressuposto contratualista é insustentável mesmo nos marcos da própria teoria, pois inexistente equivalência, tampouco

17. “E não há direito de punir porque a própria representação do crime na mente humana é o que há de mais instável e relativo: como julgar que posso punir baseada apenas em que meu critério de julgamento para tonalizar tal ato como criminoso ou não, é superior a todos os outros critérios? Como crer que se tem verdadeiramente o direito de punir se se sabe que a não observância do fato X, hoje fato criminoso, considerava-se igualmente crime?” (LISPECTOR, 2020f, p. 48).

18. “De início, não existiam direitos, mas poderes. Desde que o homem pôde vingar a ofensa a ele dirigida e verificou que tal vingança o satisfazia e atemorizava a reincidência, só deixou de exercer sua força perante uma força maior. No entanto, como acontece muitas vezes no domínio biológico, a reação – vingança – começou a ultrapassar de muito a ação – ofensiva que a provocara. Os fracoss uniram-se; e é então que começa propriamente o plano, isto é, a incursão do consciente e do raciocínio no mecanismo social, ou melhor, é aí que começa a sociedade propriamente dita” (LISPECTOR, 2020f, p. 49).

19. “Igualados pelas mesmas condições, afrouxados na sua agressividade de animal (pelo nascimento do superego (homem social)), fizeram (sem que o objetivo fosse delimitado em sua consciência) *uma espécie de tratado de paz, as leis*, pelas quais os interesses e os ‘proibidos’ não seriam violados reciprocamente, sob a garantia duma punição por parte da coletividade. É a passagem do castigo ministrado pelo ofendido para o castigo provindo de toda a sociedade.” (LISPECTOR, 2020f, p. 50, grifo nosso).

20. De tão curto, segue sua transcrição literal: “A teoria dum contrato social estipulado entre os homens e os Estados, concedendo aqueles a estes o direito de punir, peca por conferir à evolução da sociedade e do direito muito da intervenção consciente do homem. ‘Il n’y a personne qui, en entrant dans une société civile, stipule de l’Etat qu’il le punira s’il commet quelque crime’, disse Pastoret. E se retirar o elemento ‘vontade’ desse contrato, *ipso facto* ele perde o caráter de contrato” (LISPECTOR, 2020f, p. 51, grifo da autora).

conhecimento e vontade no que é realmente pactuado quanto à autorização e ao exercício de poder punitivo.

Da ciência política à criminologia em um salto abrupto (ou não tanto assim, desde uma perspectiva criminológica crítica e transdisciplinar), na quinta e última parte do texto, Clarice inicia o fechamento de seu argumento buscando apoio na conhecida correlação entre medicina e direito, comparando as formas de abordagem das doenças e dos doentes aos modos pelos quais a criminologia (de seu tempo) parecia pensar o instituto da punição: “segregar o doente, sem curá-lo e sem procurar sanar as causas que produziam a doença” (LISPECTOR, 2020f, p. 51).

A pena é apresentada como um “paliativo” (ideia não antecipada por Barreto, que a comparava à guerra), cuja legitimidade estaria condicionada à sua utilidade, que, por sua vez, cotidianamente não se verificaria.²¹ Assim, encerra Clarice invocando Cernelutti, sustentando ser possível se falar em um “direito de punir” apenas se “punir” pudesse ser, de fato, eficaz nas causas, nas raízes do crime; como não pode, Clarice defendeu simplesmente se abandonar a discussão filosófica do “fundamento do direito de punir” e, comparando a pena à morfina, continuar a ministrá-la para amenizar “as dores da sociedade” (LISPECTOR, 2020f, p. 52).

Por último, a nota final de Clarice revela mais do que uma mera réplica acadêmica a um colega. A acusação de “sentimental” ao ensaio (acusação que não pode ser lida como mera coincidência, haja vista o ensaio ter sido escrito por uma mulher em uma sociedade bastante machista) busca, na verdade, fulminá-lo do descrédito de “anticientífico”, o que é contraposto pela resposta de Clarice,²² que não nega, mas, antes, assume o conteúdo de humanidade e sentimento em relação à questão criminal.²³

3.1.2. “Nossa conversa”: a crítica de Ilka Soares na coluna “Só para mulheres” à pena de morte (1960)

A partir dos anos 50 e 60 do século XX, Clarice passa a escrever para jornais e revistas como colunista ou cronista, com passagens, entre outros, pelo Diário da Noite, com a coluna

21. “Se X comete latrocínio e é encarcerado. A, B, C, D... etc. ficam impedidos de cometer o mesmo crime? A punição esqueceu-se de encarar a reincidência em seu sentido lato” (LISPECTOR, 2020f, p. 51-52).
22. “Nota: Um colega nosso classificou este artigo de ‘sentimental’. Quero esclarecer-lhe que o Direito Penal move com coisas humanas por excelência. Só se pode estudá-lo, pois, humanamente. E se o adjetivo ‘sentimental’ veio a propósito de minha alusão a certas questões extrapenais, digo-lhe ainda que não se pode chegar a conclusões em qualquer domínio sem estabelecer as premissas indispensáveis” (LISPECTOR, 2020f, p. 52).
23. Aprofundando-se a provocação de Clarice, Zaffaroni e Croxatto argumentam que para se levar a cabo a negação do corporal, dos corpos disciplinados que se encarceram, se maltratam e castigam, se fez necessária uma doutrina que minimizasse o valor das emoções no Direito, papel que, a despeito das luzes da ilustração penal, cumpriu nas sombras (e, por vezes, abertamente) o direito penal ao invisibilizar os corpos negados, negar emoções e sentimentos, negar as vozes e a alteridade (ZAFFARONI; CROXATTO, 2017, p. 93).

“Só para mulheres” (abril de 1960 a março de 1961); na revista *Manchete* (“Diálogos possíveis com Clarice Lispector”, maio de 1968 a outubro de 1969) e no *Jornal do Brasil*, de agosto de 1967 a dezembro de 1973 (GOTLIB, 2013, p. 466).

Escrevendo sob o pseudônimo de “Ilka Soares”²⁴ no *Jornal Diário da Noite* na coluna já mencionada, na edição do dia 9 de maio de 1960, uma segunda-feira, Clarice iniciaria aquela semana com um artigo inusitado para aquele espaço, no contexto de sua época. Sensibilizada pelo desfecho do controverso caso Caryl Chessman, que culminou, em 2 de maio de 1960, com a aplicação de uma pena de morte extremamente questionável,²⁵ Clarice aproveita o espaço da sua coluna, em princípio voltada para assuntos, temas e questões dirigidas à rotina de certo (e idealizado, ou estereotipado) público feminino, para discutir a própria legitimidade da pena capital (SOARES, 1960, p. 26).

Mais uma vez, Clarice retoma a metáfora médica e critica a “justiça que mata como um médico que desse veneno a um doente porque não soubesse que remédio outro lhe dar ou não tivesse no hospital lugar para ele”. Contudo, ela vai além e desfere um golpe na própria racionalidade jurídica que categoriza, parametriza, automatiza e, por fim, edifica “uma justiça que é cega, não porque atinja a igualdade, mas porque já se vangloria de não enxergar”.

Desprovido a pena de morte da própria legitimidade enquanto pena (um “crime a frio” e premeditado, o que seria agravante “em qualquer código penal”²⁶), percebendo “o crime de juízes como maior que a de um criminoso”, pois enquanto esses agiriam por “erro de coração e de alma”, “por impulso”, e aqueles “deliberam a frio”, Clarice encerra o artigo com enorme firmeza, em tom militante, convocando os leitores (ou as leitoras, considerando o

24. Além de Ilka Soares, Clarice já escreveu sob os pseudônimos Helen Palmer (*Correio da Manhã*) e Tereza Quadros (*O Comício*).

25. Caryl Chessman foi o famoso “bandido da luz vermelha” (“red light bandit”), o qual, possuindo condenações por pequenos roubos, foi processado e condenado à morte pelo estupro de duas mulheres que foram retiradas à força de seus automóveis – fatos que foram enquadrados como “sequestro”, a despeito do brevíssimo período de restrição de liberdade, segundo a “Little Lindbergh Law”, do estado da Califórnia. Essa legislação, promulgada como resposta ao conhecido sequestro do bebê Lindbergh, de 1932, cominava pena de morte a sequestro que resultasse em lesões corporais. Embora revogada ao tempo do julgamento de Chessman, a aplicação da lei ao seu caso foi mantida, negando-se a retroatividade benéfica em favor do réu. Ao final de inúmeras apelações e toda uma campanha (que se tornou mundial) contra sua execução (e, mais amplamente, contra a pena de morte), Chessman foi executado em câmara de gás na Penitenciária Estadual San Quentin, em 2 de maio de 1960, após permanecer 11 anos e dez meses no corredor da morte. Em 1954, Chessman publicou sua versão dos fatos no livro “*Cell 2455, Death Row: A Condemned Man's Own Story*”. Para mais informações, consultar: [https://en.wikipedia.org/wiki/Caryl_Chessman]; [www.latimes.com/archives/la-xpm-2006-sep-19-et-book19-story.html]. Acesso: em 13.12.2022.

26. Considerando que a maior parte da formação jurídica de Clarice se deu sob a vigência do Código Penal de 1891, o qual, no art. 39, § 2, considerava a premeditação uma agravante (o que foi revogado com a Reforma Penal de 1940, que só entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942), compreende-se que seu argumento não foi meramente retórico, ou para intensificar o efeito do texto, mas, sim, fruto de embasamento ao menos no nosso próprio ordenamento quando de sua formação como bacharela. Para um desenvolvimento jurídico-penal a propósito do argumento da pena de morte como “não pena”, por todos, D’ÁVILA, 2018.

público a que se dirigia sua coluna) a prosseguirem na luta contra a pena de morte, consciente de que essa luta incomodaria, sobretudo, parcela dos membros do Judiciário (“e que se dê insônia a qualquer juiz que se tenha arvorado em juiz do mundo”).

3.1.3. *Mineirinho* (1962)

Talvez dos contos, ou híbrido de conto e crônica (FRANCO JÚNIOR, 2020, p. 195), mais intensos e potentes já escritos por Clarice,²⁷ *Mineirinho* foi publicado na edição de junho de 1962 por encomenda da revista *Senhor* (e republicado na coletânea “Para não esquecer”) por ocasião da morte – execução, com 13 tiros – de José Miranda Rosa, notório e polêmico criminoso da cidade do Rio de Janeiro,²⁸ em uma emboscada policial promovida pela Invernada de Olaria,²⁹ delegacia localizada no bairro de Olaria na cidade do Rio de Janeiro conhecida pela truculência de seus policiais, apelidada informalmente de Casa do Diabo (MANSO, 2020, p. 132-133).

A Invernada estendeu as atividades do SDE (Serviço de Diligências Especiais) da Delegacia de Vigilância, responsável pela captura de (supostos) criminosos tidos como

27. Um dos trabalhos de que Clarice mais gostava, como ela mesma fez questão de dizer em entrevista de 1977 (TV CULTURA, 2012). Em suas palavras, “qualquer que tivesse sido o crime dele, uma bala bastava; o resto era vontade de matar” (Idem, min. 10h55min).

28. A propósito da figura de “Mineirinho”, vale o registro histórico coletado por José Miguel Wisnki: “Os principais jornais do Rio (Diário Carioca, Diário de Notícias, Correio da Manhã) reportavam, no primeiro dia de maio de 1962, que Mineirinho fora morto na região central da cidade e *desovado*, para usar a expressão que se tornaria comum, anos depois, na estrada Grajaú-Jacarepaguá. Fugira do Manicômio Judiciário no dia 23 de abril, prometendo só se entregar morto; baleara dois policiais num entrevero em Tomazinho e, pego de surpresa na rua General Pedra, ‘nas fraldas do Morro do Pinto’, fora executado quando tentava reagir, já baleado e tombado sob um ônibus estacionado na rua. ‘À primeira rajada ‘Mineirinho’ caíra sob o ônibus, ouvindo-se uma voz ordenar: ‘Mate logo’. Três homens portando metralhadoras usadas pelas Forças Armadas e pela polícia, identificados pela reportagem como os detetives Daniel, Guaíba e Malvadeza, ‘apanharam o cadáver e o colocaram dentro de um carro pequeno, tipo ‘Volkswagen’, de cor amarela, que desapareceu em disparada’, segundo testemunho de populares” (WINSKI, 2021, p. 452-453, grifo do autor). Há de se destacar, porém, certas curiosidades da história pessoal de Mineirinho que ajudam a compreender toda a polêmica a seu respeito. Por um lado, suas condenações criminais somavam um total de, mais ou menos, 104 anos distribuídos entre roubos, quadrilhas, entre outros crimes; porém, os jornais destacavam que, perante as camadas populares, Mineirinho era visto como um “Robin Hood” do morro, devoto de São Jorge e, quando morto, foi encontrada em seu bolso a oração “cinco minutos diante de Santo Antonio”. Além disso, um fato interessantíssimo (embora pouco conhecido) diz respeito ao protagonismo de Mineirinho em uma rebelião prisional no Natal de dezembro de 1961, que se deu no antigo Presídio da Guanabara (Complexo Penitenciário Frei Caneca, que também foi a Casa de Correção da Corte, implodido em 2010), apurada pelo jornal Última Hora (UH). A rebelião estourou quando, para além de todas as péssimas condições carcerárias, a administração do presídio ofereceu comida estragada para a ceia de natal dos presos. José Miranda Rosa, apontado como “cabeça” da rebelião, foi isolado em um cubículo não identificado no presídio a pretexto de garantir a sua segurança e a dos demais. Mineirinho protegeu o repórter do UH que cobriu a rebelião e lhe garantiu saída livre do presídio (ÚLTIMA HORA, 1961, p. 2).

29. Nome em referência a um matadouro de bois que funcionava na cidade no século XIX.

“perigosos”. No SDE, funcionava um grupo de extermínio montado por Amaury Kruehl, chefe de polícia do Distrito Federal, chamado “TVRAMA” (Turma Volante Especial de Repressão aos Assaltos à Mão Armada, apelidado de “Esquadrão Suicida” pela imprensa), criado em 1957. Com a sua criação, passaram a surgir nos jornais notícias elogiosas e fotos de corpos de diversos suspeitos, apontados como ladrões, assassinos, criminosos em geral. Um deles viria a ser o de Mineirinho.

Em *Mineirinho*, Clarice inicia o texto sugerindo uma ambientação doméstica em uma residência de classe média alta, na qual a narradora indaga a sua cozinheira o que pensava a respeito do fato (como que após a leitura curiosa da manchete do jornal do dia). A cozinheira demonstra sentir profunda ambiguidade pelo que ocorreu com Mineirinho, pois, a despeito de reconhecer a notoriedade de sua delinquência (chamado de “facínora” pela própria narradora), não consegue se expressar com clareza e manifesta certa compaixão pelo morto, acreditando que “ele se salvou e entrou no céu”. Imediatamente, a narradora concorda, e afirma que “mais do que muita gente que não matou” (LISPECTOR, 2019, p. 178).

A continuação do conto parece uma combinação entre uma justificativa ao leitor (afinal, é importante levar em conta que se trata de uma posição antipática aos apelos de “lei e ordem”, e, de certo modo, afrontosa, pois é uma patroa concordando com uma empregada, o que mereceria a reprovação do classismo e elitismo brasileiro) e um desabafo pessoal. Apegando-se ao mandamento religioso multissecular “não matarás”, Clarice simultaneamente ataca a execução policial de Mineirinho e, implicitamente, a pena de morte (o que ela já havia feito dois anos antes). Em uma verdadeira aula de eloquência, estilística literária e direito penal – porque dificilmente é possível se encontrar descrição tão rica e vívida de um exemplo de excesso doloso na legítima defesa, mesmo nos melhores Manuais de Direito Penal –, Clarice inicia descrevendo – e sentindo – o horror daquela execução, em palavras que merecem transcrição direta:

“Mas há alguma coisa que, se me faz ouvir o primeiro e o segundo tiro com um alívio de segurança, no terceiro me deixa alerta, no quarto desassossegada, o quinto e o sexto me cobrem de vergonha, o sétimo e o oitavo eu ouço com o coração batendo de horror, no nono e no décimo minha boca está trêmula, no décimo primeiro digo em espanto o nome de Deus, no décimo segundo chamo meu irmão. O décimo terceiro tiro me assassina – porque eu sou o outro. Porque eu quero ser o outro” (LISPECTOR, 2019, p. 178).

Clarice se refere a esse parágrafo como “essa justiça que vela meu sono”, mas sem apas em “justiça” (LISPECTOR, 2019, p. 178). Conhecedora das letras, da arte literária e do direito penal como ela, essa omissão não parece ser mera coincidência. Clarice aparenta demonstrar no texto que, *ordinariamente, cotidianamente*, essa é a *justiça* (criminal), tanto que reconhece sua paradoxal necessidade, pois sabe (e se envergonha de saber) que ela serve para a manutenção de seus próprios interesses de classe. E essa manutenção de interesses, de privilégios, *depende* de ela ser “sonsa”: depende do ignorar, do fingir não ver, de ser conivente com execuções de “Mineirinhos”, pois esses fatos provocam fissuras na “casa” e no “terreno” (metáfora constantemente utilizada no conto para se referir ao direito e às estruturas sociais, econômicas e políticas subjacentes), uma vez que rompem com a desumanização

do outro, permitem que “nós” nos “identifiquemos” com esse “outro” representado na figura do criminoso, assassino, “facínora” (quase sempre negro, pobre, jovem e periférico).

Justificando essa identificação do “nós” com o “outro” encarnado em Mineirinho, Clarice se vale, implicitamente, da psicanálise (que ela também conhecia bastante bem) para enxergar na violência de Mineirinho algo como uma potência humana inocente, reprimida por um “pai” que o criminoso não tivera (“de um filho de quem o pai não tomou conta”), uma violência que qualquer um que se encontrasse em suas circunstâncias pessoais e sociais também poderia ter e desenvolver.³⁰

A partir desse ponto, Clarice, que sempre apreciou o que não é capaz de ser colocado em palavras, que dedicou sua literatura ao que é incapaz de ser dito e entendido, passa a desenvolver uma analogia entre a humanidade – imperfeita, violenta, “doida” – que todos nós temos com o elemento rádio (Ra), observando que nossa humanidade, nossa essência tem em comum o fato de ser “intensa”, “límpida” e “perigosa” como um grama de rádio, que, pisado, maltratado, se transforma em algo ameaçador: “amor pisado” (LISPECTOR, 2019, p. 179).

Encaminhando-se para o encerramento, Clarice defende a bondade que “vê o homem antes de ele ser um doente do crime” e uma justiça que, em suas palavras:

“[...] não se esqueça de que nós todos somos perigosos, e que na hora em que o justiceiro mata, ele não está mais nos protegendo nem querendo eliminar um criminoso, ele está cometendo o seu crime particular, um longamente guardado. Na hora de matar um criminoso – nesse instante está sendo morto um inocente” (LISPECTOR, 2019, p. 181).

Clarice encerra o conto quase como uma antecipação da frequente pergunta que costuma ser reiterada nesse tipo de debate: como lidar com o desvio, com “os grandes criminosos”, “assassinos seriais” etc.: “O que eu quero é muito mais áspero e mais difícil: quero o terreno” (LISPECTOR, 2019, p. 181). Não há soluções rápidas, fáceis, imediatas para os conflitos, as mortes, as dores da questão criminal – e menos ainda a partir exclusivamente do próprio direito tal qual está, essa casa onde os sonsos se conformam a dormir o sono da falsa tranquilidade, essa casa erguida no terreno inseguro, instável e terrivelmente capcioso das desigualdades e das injustiças.

3.2. *Textos laterais*

Em trabalhos menores, ou que abordavam outros temas, escritos em contextos diversos, Clarice ainda assim deixou pequenos (porém, valiosos) “rastros” de suas percepções, visões de mundo e críticas aos fundamentos e às justificações da punição.

Esse é o caso, por exemplo, de uma reportagem de sua autoria a propósito da Casa de Expostos Fundação Romão de Matos Duarte,³¹ de 8 de julho de 1941, intitulada *Uma visita à*

30. “Sua violência inocente – não nas consequências, mas em si inocente como a de um filho de quem o pai não tomou conta. Tudo o que nele foi violência é em nós furtivo, e um evita o olhar do outro para não correremos o risco de nos entendermos” (LISPECTOR, 2019, p. 178).

31. A Fundação continuou em atividade, sendo provida pela Santa Casa de Misericórdia e oferecendo acolhimento institucional a crianças abandonadas até 4 de julho de 2022, quando o Tribunal de

casa dos expostos (LISPECTOR, 2020g, p. 37-45), na qual apresenta relatos e impressões de sua visita à instituição, além de entrevistas com os funcionários e mesmo com as crianças e os adolescentes que lá viviam. Sabia-se que a roda não era a melhor alternativa para o tratamento de crianças abandonadas,³² contudo, contra ela insurgiu-se o anteprojeto Alcântara Machado, o qual criminalizava, com pena de reclusão de 1 a 5 anos a conduta de entregar crianças nesse tipo de estabelecimento. O art. 303 do anteprojeto proibia “internar ou deixar em asilo de expostos ou instituição de assistência, filho próprio ou alheio, legítimo ou reconhecido, atribuindo-lhe falsa filiação ou ocultando maliciosamente a verdade”.³³ O uso da criminalização como (falsa) solução para problemas sociais complexos, desprovida a punição de eficácia preventiva (ao revés, com o potencial de agravar os problemas que pretende enfrentar), não passou incólume pelo olhar crítico de Clarice:

“Não é proibindo a aceitação de crianças não identificadas que se acabará com o nascimento delas. E enquanto não se pode terminar com essa situação, e provavelmente nem tão cedo se poderá, o melhor é encará-la de frente e aceitá-la. Mesmo porque é preciso não esquecer: além do infrator ao dispositivo penal, há Bonifácio e Regina Aparecida que não têm a menor culpa” (LISPECTOR, 2020g, p. 45).

Em *A pecadora queimada e os anjos harmoniosos* (LISPECTOR, 2020c, p. 60-72), único texto teatral escrito por Clarice e publicado apenas uma vez em 1964 na coletânea *A legião estrangeira*, a história envolve o julgamento público de uma mulher acusada de adultério por seu marido. Para além da estética e ambientação profundamente marcadas por elementos de religiosidade, chama a atenção o caráter espetacular do castigo imposto à mulher desviante como forma de retribuição e expiação da culpa, e, em especial, o fechamento em uma ironia quase que debochada, na qual um “personagem do povo” comenta tudo o que se passou suplicando: “perdoai-os, eles acreditam na fatalidade e por isso são fatais”. Em um jogo de significações, aproveitando-se do duplo sentido entre o substantivo e o idêntico adjetivo, Clarice critica, indiretamente, como a fé na legitimidade da punição (surgida do acaso, obra de uma “fatalidade” inevitável e inquestionável) justifica o fatal, o brutal, o mortal em nome de uma “salvação” individual e coletiva. No caso da peça, a morte fatal e espetacular de uma mulher acusada de adultério a quem sequer foi garantido o direito de ser ouvida, tendo sido poupado o amante homem.

Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a pedido da própria Instituição, suspendeu novos acolhimentos por alegada escassez de recursos financeiros (SOBRAL; SCHMIDT, 2022).

32. Suas origens remetem à *Roda dos Expostos*, que surgiu na França, chegou a existir em Portugal e foi trazida para o Brasil no séc. XVIII (criada pioneiramente na Santa Casa da Bahia em 1726 e na Santa Casa do Rio de Janeiro, em 1738). Ela foi criada com o propósito de salvar a vida de recém-nascidos abandonados, para encaminhá-los depois para trabalhos produtivos e forçados, inserida em um sistema legal e assistencial dos expostos até a sua maioridade. Registros históricos atestam que existiu, pelo menos em São Paulo, até 1948. A Roda era, em realidade, um grande “infanticídio disfarçado”, uma vez que seus índices de mortalidade eram altíssimos. Sobre isso, DEL PRIORE, 1991, p. 98; FALEIROS, 2011, p. 208-216.

33. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65859/68470]. Acesso em: 13.12.2022.

Por vezes, a crítica à punição em Clarice era tão forte (ainda que indireta, implícita) que beirava o deboche. É o caso do conto *O corpo*, publicado em 1974 na obra *A via crucis do corpo* (LISPECTOR, 2020e, p. 19-26), um dos mais polêmicos e controversos livros da autora. O conto narra a história de Xavier, “homem truculento e sanguíneo” que vivia com duas mulheres, Carmem e Beatriz, fato que seria notório na comunidade onde vivia. Um dia, Xavier chega a sua casa com marcas de batom em sua camisa, o que provoca imensa revolta em Carmem e Beatriz, que, aos poucos, planejam e executam sua morte. Para ocultarem as provas do crime, enterram o corpo no jardim. Não tarda até que a ausência de Xavier começa a ser percebida, e seu secretário se dirige à polícia informando seu sumiço. A polícia, “preguiçosamente” (expressão intencional de Clarice), resolve prosseguir em uma busca, dirigindo-se à sua casa. Beatriz não resiste e confessa os fatos e o que fizeram.

Eis que surge um dilema interessantíssimo. Entre os policiais inicia-se uma discussão sobre o que fazer (afinal, foram praticados, em tese, três crimes: homicídio, bigamia e adultério). Um dos policiais se mostra receoso e sugere ser melhor “fingir que nada aconteceu senão vai dar muito barulho, muito papel escrito, muita falação”. O segundo policial, convencido pelo primeiro, decide então “abafar” o caso, falando com as duas, em tom ríspido “você duas, arrumem as malas e vão viver em Montevidéu (viagem que os três já planejavam fazer antes). Não nos deem maior amolação”. A dupla agradece e, ao que sugere o conto, seguem viagem.

Há uma crítica muito sutil aqui. Considerando-se que a sociedade brasileira dos anos 1970, em plena ditadura militar, era profundamente conservadora (ao tempo do conto sequer o divórcio era permitido), é possível imaginar como essa sociedade e os jornais da época retratariam a história de duas mulheres que, vivendo juntas a um “bígamo”, o matam por ser ele autor de um adultério (e um homem de péssima conduta como companheiro, aliás), e ainda fazendo questão de serem colocadas na mesma cela, para ao menos compartilharem o amor e o companheirismo que sentiam entre si. Provavelmente a história ganharia edições inteiras de jornais e abriria a possibilidade de Beatriz e Carmem saírem como “heroínas” diante de algum júri, não como “vilãs”; o *status quo* de uma sociedade cisheteropatriarcal e monogâmica (leia-se, as “expectativas normativas” dessa sociedade – diriam alguns penalistas alemães céticos com a ideia de bem jurídico-penal e entusiastas de supostas funções de prevenção geral positiva da pena – foram transformadas em um bem jurídico mais valioso do que a própria vida humana ceifada por um homicídio, como também parece alfinetar Clarice), que depende da percepção dessas relações como “impuras”, “indignas”, “aberrantes”, “perigosas”, sofreria abalos e fissuras, ao invés de ser mantido por meio do exercício de poder punitivo (seu real fundamento). Por isso, a solução amarga a que chegaram os policiais (“preguiçosos”): melhor que ninguém soubesse dos fatos e elas fossem para bem longe, no esforço (vão) de se tentar não ver e fazer esquecer que outras formas de afeto, de partilha, de convivência e de projetos de vida eram (e são) possíveis.

Por fim, pequenas “pérolas” de Clarice são notadas em textos ou trechos de textos menores, como em crônica na qual afirmou achar “ser certo roubar para comer” (*Dies irae*, 1967³⁴);

34. LISPECTOR, 2020d, p. 74-76.

ao retratar a imundície e insalubridade de uma cela de delegacia, na qual uma “barata gorda” se arrastava no chão (*A língua do P*, 1974³⁵), uma imagem muito mais forte e perturbadora nas sensações do leitor do que se Clarice se limitasse a descrever a cela como “horrível” ou “desumana”; ou, ao descrever a cena de um homem em situação de rua, que, ao receber quinhentos cruzeiros como esmola de uma mulher de classe alta (pois era a única quantia que possuía naquela hora), assustado com a quantia, aceitara, mas preferia ter recebido trocado, pois ninguém (leia-se, a polícia) acreditaria nele (*A Bela e a Fera ou a ferida grande demais*, 1977³⁶).

4. COMPREENDENDO A CRÍTICA DE CLARICE LISPECTOR AOS FUNDAMENTOS E ÀS JUSTIFICAÇÕES DA PUNIÇÃO: METODOLOGIA, MARCO TEÓRICO E ELEMENTOS ORIGINAIS

4.1. Metodologia: a transdisciplinaridade

Nos textos analisados, um aspecto metodológico comum é como Clarice transita com grande naturalidade por diferentes ramos do saber, combinando de forma transdisciplinar direito penal, criminologia, sociologia, história, teoria política e psicanálise, seja em escritos diretos (como em *Observações, Nossa conversa – pena de morte e Mineirinho*), seja de forma indireta, em seus contos e demais textos esparsos. Jayme Paviani percebe a transdisciplinaridade como:

“uma ação de abertura e de ‘fusão’ de disciplinas e até de ciências que envolvem pesquisadores e comunidades científicas, com objetivos de produzir conhecimentos novos e de integrar teorias e métodos de investigação para buscar soluções de problemas complexos. Seu objetivo é o de impedir que o ser humano e a natureza sejam reduzidos a simples estruturas formais, a teorias e procedimentos metodológicos superados pelo desenvolvimento. Nesse sentido, a transdisciplinaridade reconhece, em relação a um determinado problema, as contribuições científicas, filosóficas, artísticas, religiosas e míticas, conforme Carta de Transdisciplinaridade, Convento da Arrábida, Portugal, 1994” (PAVIANI, 2008, p. 22-23).

Vera Malaguti Batista afirma ser a criminologia “esse território de fronteiras confusas, *transdisciplinar por excelência*, movendo-se do direito penal para a história, a sociologia, a psicanálise, a economia política, a literatura, a comunicação, a geografia” (grifo nosso) (BATISTA, 2011, p. 15). Trata-se de abordagem fundamental para que a criminologia possa, como ensina Salo de Carvalho, abandonar a onipotência científica e se resignar com a condição humana dos humanos, como condições de possibilidade para a elaboração de ferramentas e saberes (práxis) que permitam ações possíveis, desconstruindo as violências penais contra a alteridade (CARVALHO, 2005, p. 519).

35. LISPECTOR, 2020b, p. 61-64.

36. LISPECTOR, 2020a, p. 99-111.

4.2. *O marco teórico: entre uma criminologia crítica e um positivismo contra-hegemônico*

Categorizar uma escritora que sequer se reconhecia como tal³⁷ em um marco teórico, e, pior ainda, de outro(s) campo(s) do saber, é tarefa das mais espinhosas. Foi tentador, inclusive, simplesmente deixar de formular essa pergunta. Contudo, essa questão merece resposta não para “enclausurar” Clarice em um “cárcere” metodológico, mas, sim, para se tentar perceber de que modo a escritora absorveu, reproduziu, ressignificou ou rompeu com o “estado da arte” penal e criminológico de seu tempo em relação ao tema de investigação deste trabalho e, com isso, ser possível identificar os limites, as possibilidades e a originalidade de suas contribuições.

É verdade que Clarice teve sua formação acadêmica influenciada pelo positivismo criminológico,³⁸ o que fica claro, por exemplo, com a utilização frequente da metáfora médica para se referir aos fundamentos e às justificações do poder de punir, ou com certo “salvacionismo” com que pensa o Estado e a justiça criminal em relação ao desviante (este bastante influenciado pelo meio, ao menos nos textos aqui trabalhados). Entretanto, não se trata de um positivismo hegemônico, legitimante do cárcere, que naturaliza o crime e o criminoso, e que, como sintetiza Vera Malaguti Batista, se baseia na degenerescência do povo e enxerga a pena como uma espécie de “salvação” da sociedade (BATISTA, 2016, p. 302), mas, sim, *um positivismo contra-hegemônico*, que, em Clarice, é humanista, democrático, comprometido com direitos e garantias individuais, que enxerga a criminalidade pela lente social e da psicanálise, e deslegitimante do cárcere, em linha muito similar ao maior expoente dessa corrente criminológica no Brasil – e precursor da criminologia crítica do país –, Roberto Lyra (CARVALHO; MATTOS, 2021, p. 229), o qual leu Clarice, diga-se de passagem.³⁹

Além disso, é também possível observar certa aproximação a uma criminologia crítica.⁴⁰ Clarice não deixou, em momento algum, de reconhecer o papel da desigualdade de

37. Por mais de uma vez, Clarice rejeitava o rótulo de “escritora”. Em 1977, afirmou nunca ter assumido carreira de escritora, pois escrevia por prazer (TV CULTURA, 2012, min. 4:41); um ano antes, para a TVE, afirmou só escrever porque não conseguia deixar de escrever (MONTERO, 2021, p. 47) e, em carta de 17 de outubro 1977 para Fernando Paranhos, suplicou “pelo amor de Deus, não me considere ‘uma escritora’ e sim uma pessoa” (GOTLIB, 2013, p. 507).

38. Como ensina Juarez Cirino dos Santos, “A escola positiva é construída sobre a tese do crime determinado por causas biológicas, psicológicas e sociais, rompe com o conceito clássico de crime como ente abstrato e apresenta teorias etiológicas da criminalidade fundadas em patologias pessoais” (SANTOS, 2021, p. 25).

39. Roberto Lyra chegou a elogiar Clarice em seu romance de estreia, “Perto do coração selvagem”, afirmando que se trata de uma obra incomparável, um “livro sem escola” (MONTERO, 2021, p. 525).

40. Por “criminologia crítica” adota-se a lição de Salo de Carvalho, que a percebe como uma perspectiva criminológica orientada pelo materialismo como método, que incorpora teorias rotulacionistas e conflituais, que refuta modelos consensuais de sociedade e os pressupostos causais explicativos da criminalidade de base microssociológica (criminologia ortodoxa) e redireciona o objeto de investigação aos processos de criminalização, à atuação das agências do sistema penal e, sobretudo, às relações entre estrutura política e controle social (CARVALHO, 2013a, p. 284). Wayne Morrison,

classes na formação e conformação do sistema penal (o que fica bem evidente em *Mineirinho*), sua seletividade na “proteção” desigual de bens jurídicos como forma de manutenção do *status quo* (criticada de forma tragicômica em *O corpo*) e a criminalização como rótulo historicamente definido e, portanto, contingencial e desigualmente distribuído (o que aparece nas primeiras linhas de *Observações*).

Afirmar, com segurança, que Clarice aderiu a um ou outro marco teórico, a um ou outro paradigma nas ciências criminais seria leviandade (até porque se analisou, aqui, apenas uma parte de toda a sua obra). Mais importante é perceber como a autora produziu fissuras importantes em um dos temas centrais às ciências criminais, afastando-se do senso comum criminológico, das *every day theories*⁴¹ e do positivismo hegemônico, não apenas fortalecendo uma nascente criminologia crítica brasileira, mas a enriquecendo metodologicamente a partir de suas pontes com a literatura.

4.3. As contribuições críticas originais de Clarice

O conjunto de textos aqui analisados permite apontar ao menos duas contribuições próprias, originais de Clarice à crítica aos fundamentos e às justificações da punição. São elas: (i) a ideia de “suspensão do conflito” como efeito da pena; (ii) a crítica à justiça penal retributiva e à racionalidade que a preenche de sentido, interditando outros modelos possíveis e adequados de solução de conflitos.

4.3.1. Sobre “morfina punitiva”, “os sonsos essenciais” e a suspensão do conflito

É, de fato, muito provável que a inspiração jurídico-penal mais direta às “Observações” de Clarice ao poder de punir tenha sido *Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir*, de Tobias Barreto⁴² (publicado pela primeira vez na 2. ed. de “Menores e loucos”, de 1886, mas, por explicação nessa edição, era “aparecido pela primeira vez há mais de seis anos”),⁴³ texto elementar para o direito penal e à criminologia crítica no Brasil, no qual se lançam as bases de uma abordagem sincera e real da punição e do Direito Penal, informada por uma visão conflitiva da sociedade, diferenciando-se a pena das demais formas de solução de conflitos (FERRAZ, 2018). É nesse texto que Barreto imortalizaria a comparação

em entrevista sobre Clarice Lispector, a visualiza no campo da criminologia cultural: “[...] Clarice Lispector, vista por muitos como uma escritora feminista e existencialista, mas eu acredito que podemos interpretá-la, de diversas formas, como uma criminologista cultural” (MORRISON et al., 2021, p. 335). Sobre a criminologia cultural e sua recepção no Brasil, por todos, KHALED JR.; CARVALHO; LINCK, 2022.

41. Expressão utilizada por Baratta para representar a ideologia da defesa social tal qual ela se apresenta no cotidiano às pessoas comuns (BARATTA, 2014, p. 42).
42. O mesmo texto aparece com o título “Fundamentos do Direito de Punir” a partir da obra póstuma “Estudos de Direito”.
43. Utilizou-se a publicação contida como apêndice na edição de menores e loucos de 1926, do Estado de Sergipe.

entre pena e guerra: “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (BARRETO, 1926, p. 151).

Levaria, porém, um século até que Zaffaroni resgatasse e reinterpretasse Tobias, propondo, a partir do fracasso da fundamentação e justificação *jurídicas* da pena, uma teoria agnóstica que a enxerga como manifestação de poder *político* (*potestas puniendi*), segundo a qual “pena é todo sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos restantes ramos do direito”⁴⁴ (tradução nossa) (ZAFFARONI, 1998, p. 210-211). De acordo com a teoria agnóstica – ou, como prefere Salo de Carvalho, modelo dogmático crítico (CARVALHO, 2020, p. 177) –, a pena não seria capaz de solucionar conflitos, mas, no máximo, suspendê-los, deixando-os pendentes no tempo (já que esse tipo de modelo decisório exclui a vítima), esperando sua dissolução (BATISTA; ZAFFARONI, 2006, p. 87). Essa importante constatação só foi formulada no e para o campo jurídico-penal e criminológico brasileiro, com essa clareza, no final do século XX.

Clarice, ao menos quatro décadas antes, já havia apresentado essa ideia, ainda que de forma muito direta e resumida. Primeiro, em *Observações*, quando compara o poder de punir a não mais do que uma “morfina” às dores da sociedade, ideia que representa perfeitamente o efeito de suspensão do conflito, incapaz de realizar suas funções declaradas. Segundo, em *Mineirinho*, quando fala da falsa tranquilidade de uma noite de sono assegurada pela justiça criminal, que, ao suspender o conflito com a punição (contando com a sua própria dissolução no futuro), interdita sua compreensão, suas possibilidades de resolução e mantém tudo como está:

“Essa justiça que vela meu sono, eu a repudio, humilhada por precisar dela. Enquanto isso durmo e falsamente me salvo. Nós, os sonsos essenciais.

Para que minha casa funcione, exijo de mim como primeiro dever que eu seja sonsa, que eu não exerça a minha revolta e o meu amor, guardados. Se eu não for sonsa, minha casa estremece. Eu devo ter esquecido que embaixo da casa está o terreno, o chão onde nova casa poderia ser erguida. Enquanto isso dormimos e falsamente nos salvamos.”

Em síntese, punir é aplicar “morfina para sonsos dormirem”: eis aí não apenas uma descrição agnóstica do poder (político) de punir como o reconhecimento de um de seus mais importantes efeitos, a “suspensão do conflito”, nas letras de Clarice Lispector.

4.3.2. O “orgulho” de não ver e não sentir: crítica à justiça penal retributiva

Na década de 70 e 80 do século passado, entre os vários movimentos de reforma ou mesmo de abolição da justiça criminal, destaca-se o surgimento da justiça restaurativa, a qual, como percebe Raffaella Pallamolla, se populariza a partir dos anos 1990 como um possível caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos, tanto financeiros como

44. Os modelos decisórios, entre os quais o punitivo figura como apenas mais um, são: reparador, conciliador, corretivo, terapêutico e, finalmente, punitivo (BATISTA; ZAFFARONI et al., 2006, p. 87).

humanos, do sistema de justiça tradicional e o fracasso desse sistema na responsabilização dos infratores e atenção às necessidades e aos interesses das vítimas (PALLAMOLLA, 2009, p. 34). Trata-se de um modelo adequado de solução de controvérsias penais que busca a mudança de enfoque de forma a mostrar o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, pacífica e não prejudicial (MORGADO, 2018, p. 129).

A justiça restaurativa, de modo geral, é caracterizada pela ruptura com a gramática penal e punitiva e suas correlatas estruturas verticalizadas de administração (confisco) do conflito, uma vez que a retirada do conflito da moldura normativa que justifica a punição consiste em premissa necessária para devolver o conflito aos verdadeiros interessados (Ibidem, p. 129-130).

Como diagnostica Daniel Achutti, é questionável a legitimidade da justiça penal retributiva na administração de conflitos na sociedade contemporânea, uma vez que ancorada na racionalidade moderna, a qual, baseada nas ideias de universalidade, objetividade e igualdade, concretiza um processo penal que, há muito, ignora a singularidade dos conflitos criminais, reduzindo a importância de um fato delituoso (“situação problemática”, diria Hulsman) na vida das pessoas e encapsulando o ocorrido nas fronteiras cerradas do fato típico, ilícito e culpável que impõe a punição penal (ACHUTTI, 2014, p. 38). Nas palavras de Salo de Carvalho:

“Neste cenário, o principal *sintoma* da tradição ilustrada do Direito Penal é exposto: os únicos satisfeitos com as resoluções apresentadas pelo sistema punitivo são os próprios operadores da máquina burocrática judiciária; as pessoas efetivamente envolvidas nas situações problemáticas são desprezadas, seus direitos fundamentais violados e suas expectativas frustradas. Assim, seria possível concluir que uma das únicas virtudes do sistema penal (talvez a sua principal) é a de satisfazer a *vontade de punir* dos seus atores e do seu público consumidor [...]” (grifos do autor) (CARVALHO, 2014, p. 21).

Apesar da justiça restaurativa não ter sido um dos temas de reflexão de Clarice, parte importante de suas bases o foram, em ao menos dois momentos: primeiro, em *Observações*, na defesa do “sentir” a questão criminal como aspecto fundamental para as ciências criminais; segundo, sob o pseudônimo Ilka Soares, na incisiva crítica contra a pena de morte por ocasião da execução de Caryl Chessman em sua coluna no jornal “A noite”, quando critica “uma justiça que é cega, não porque atinja a igualdade, mas porque já se vangloria de não enxergar”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como *compreender* – e *sentir* – o positivismo criminológico biologicista e policialesco? Apenas por meio dos rios de tinta que foram escritos por Lombroso, Ferri, Garofalo, entre tantos outros, ou, *também*, acompanhando a caçada de Jean Valjean pelo inspetor Javert e se emocionando com o drama de Fantine e sua filha Cosette no olhar humanista e sensível de Victor Hugo para com a miséria e os oprimidos?

Como *compreender* – e *sentir* – as funcionalidades reais do cárcere no sistema penal? Apenas fichando o clássico trio Rusche-Kirchheimer (*Punição e estrutura social*), Foucault

(*Vigiar e punir*) e Melossi-Pavarini (*Cárcere e fábrica*) ou, também, lendo os relatos de Dostoiévski (*Recordações da casa dos mortos*), Oscar Wilde (*De profundis*) e do nosso “velho Graça” (*Memórias do cárcere*)?

Confirmadas as hipóteses suscitadas na introdução deste trabalho, o estudo da obra de Clarice Lispector mostra-se essencial para o estreitamento dos laços e aprofundamento do diálogo entre as ciências criminais e a literatura, e figura especialmente relevante na temática dos fundamentos e justificações da punição. Seu valor não é o de mero “floreio” pedagógico para o ensino da matéria; não são textos “apenas interessantes”, úteis para a oratória e a erudição forenses. Com Clarice, percebe-se que punir, essa perigosa morfina para nossas dores, é, quando muito, uma tentativa desesperada de construirmos casas melhores mantendo intocável o impróprio terreno das desigualdades e da injustiça, indiferente que ele é para um sistema de justiça criminal que parece se orgulhar de sua incapacidade para enxergá-lo e percebê-lo.

Clarice é uma escritora com uma obra diversificada que trouxe elementos originais para a crítica a esse tema no Brasil (e tendo escrito *a partir do Brasil*), contribuindo, como diria Vera Malaguti Batista, não apenas para entender, mas para *sentir* a questão criminal – aliás, como Clarice mesmo reconhecia: “suponho que me entender não é uma questão de inteligência, e sim de *sentir*, de entrar em contato” (TV CULTURA, 2012, min. 23:38).

6. REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ALAGIA, Alejandro. *Hacer sufrir*. Buenos Aires: Ediar, 2013.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. Aracaju: Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- BATISTA, Nilo. *Capítulos de política criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- BATISTA, Nilo. *Machado de Assis, criminalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- BATISTA, Nilo; BARLETTA, Junya. Uma conversa entre o Direito e a Literatura. *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE/UFRJ*, [s.l.], n. 7, p. 80-87, dez. 2020.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro, I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio-ago. 2016.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP)*. 2022a. Disponível em: [https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas]. Acesso em: 13.12.2022.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de janeiro a junho de 2022. 2022b. Disponível em: [https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9]. Acesso em: 13.12.2022.
- CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 104, p. 279-303, set.-out. 2013a.
- CARVALHO, Salo de. Criminología y transdisciplinariedad. *Revista de Estudios Fronterizos*, [s.l.], n. 4, p. 499-521, 2005.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CARVALHO, Salo de. Prefácio: sobre as possibilidades de um modelo crítico de justiça restaurativa. In: ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Polis e Psique*, [s.l.], v. 3, p. 143-164, 2013b.
- CARVALHO, Salo de; MATTOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). *Revista Culturas Jurídicas*, [s.l.], v. 8, n. 19, p. 209-239, jan.-abr. 2021.
- CHAVES, Anna Cecília Santos. Clarice Lispector e o fundamento do direito de punir. *REDUnB*, [s.l.], v. 10, p. 299-315, 2012.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. Abolição da pena de morte no Brasil. Velhos e novos olhares. Homenagem aos 150 anos da abolição da pena de morte em Portugal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [s.l.], v. 13, n. 2, p. 775-787, 2018.
- DE CRESCENZO, Luigia. “Diritto di punire” o “Potere di morte”? : crimine, violenza e giustizia in “Mineirinho” di Clarice Lispector. 2016. *Altre Modernità*, [s.l.], n. 15, p. 186-201, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.13130/2035-7680/7184].
- DEL PRIORE, Mary. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991.
- FALEIROS, Eva Teresinha Silveira. A criança e o adolescente. Objetos sem valor no Brasil Colônia e no Império. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Direito penal sem pena? Uma introdução à teoria agnóstica da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 148, p. 55-96, out. 2018.

- FERREL, Jeff; HAYWARD, Keith. Criminologia cultural continuada. Trad. Leandro Ayres França. In: CARLEN, Pat; FRANÇA, Leandro Ayres. *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- FRANCO JÚNIOR, Arnaldo. Posfácio: para ler “distraidamente” e não esquecer. In: LISPECTOR, Clarice. *Para não esquecer*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2020. *E-book*.
- GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. Trad. Federico Carotti. 2. ed. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- GOTLIB, Nádia Battella. *Clarice: uma vida que se conta*. 7. ed. rev. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- HUNGRIA, Nelson. O direito penal no Estado Novo brasileiro. *Ciência Política*, Rio de Janeiro, Boletim Mensal, fasc. I, v. I, p. 25-34, fev. 1940.
- IRIBARRY, Isac Nikos. Aproximações sobre a transdisciplinaridade: algumas linhas históricas, fundamentos e princípios aplicados ao trabalho de equipe. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, [s.l.], v. 16, n. 3, p. 483-490, 2003.
- JOFFILY, Tiago. *Direito e compaixão: discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- KHALED JR., Salah; CARVALHO, Salo de; LINCK, José Antonio Gerzon. A criminologia cultural e a sua recepção no Brasil: relato parcial de uma história por ser escrita. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 193, p. 145-186, 2022.
- LAHIRE, Bernardo. Campo. In: CATANI, Afrânio Mendes; NOGUEIRA, Maria Alice; HEY, Ana Paula; MEDEIROS, Cristina Carta Cardoso de. *Vocabulário Bourdieu*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- LISPECTOR, Clarice. A bela e a fera ou A ferida grande demais. In: LISPECTOR, Clarice. *A bela e a fera*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2020a. *E-book*.
- LISPECTOR, Clarice. A língua do P. In: LISPECTOR, Clarice. *A via crucis do corpo*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2020b. *E-book*.
- LISPECTOR, Clarice. A pecadora queimada e os anjos harmoniosos. In: LISPECTOR, Clarice. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2020c.
- LISPECTOR, Clarice. Dies irae. In: LISPECTOR, Clarice. *A descoberta do mundo*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2020d. *E-book*.
- LISPECTOR, Clarice. Entrevista à revista Diretrizes. *Diretrizes*, [s.l.], ano IV, n. 70, 30 out. 1941. Disponível em: [<http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=163880&pagfis=3167>]. Acesso em: 13.12.2022.
- LISPECTOR, Clarice. Mineirinho. In: LISPECTOR, Clarice. *Para não esquecer*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2019. *E-book*.
- LISPECTOR, Clarice. O corpo. In: LISPECTOR, Clarice. *A via crucis do corpo*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2020e. *E-book*.
- LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o direito de punir. In: LISPECTOR, Clarice. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2020f.

- LISPECTOR, Clarice. Uma visita à casa dos expostos. In: LISPECTOR, Clarice. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Rocco, 2020e.
- LYRA, Roberto. *Direito penal científico (criminologia)*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.
- MANSO, Bruno Paes. *A república das milícias: dos esquadrões da morte à era Bolsonaro*. São Paulo: Todavia, 2020.
- MCGREGOR, Rafe. *Critical Criminology and Literary Criticism*. Bristol: Bristol University Press, 2022. *E-book*.
- MONTERO, Teresa. *À procura da própria coisa: uma biografia de Clarice Lispector*. Rio de Janeiro: Rocco, 2021.
- MORGADO, Helena Zani. *Direito penal restaurativo: em busca de um modelo adequado de justiça criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.
- MORRISON, Wayne Joseph et al. Criminologia cultural, Clarice Lispector e a criminologia patrocinada pelo Estado: repensando o significado para além do mundo jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 177, p. 329-356, mar. 2021.
- MOSER, Benjamin. *Clarice: uma biografia*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. *E-book*.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PAVARINI, Massimo. Posfácio: “por que punir?”. In: PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Curso de penologia e execução penal*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- PAVIANI, Jayme. *Interdisciplinaridade: conceitos e distinções*. 2. ed. rev. Caxias do Sul, RS: Educs, 2008.
- PIRES, Álvaro. A teoria da “racionalidade penal moderna” e os desafios da justiça juvenil. *Plural – Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 24.1, p. 124-160, 2017.
- REZENDE, Luciana Barreto Machado; OLIVEIRA, Edilberto Martins de. Entre o direito de punir e a impossível redenção, o exemplar Réquiem de Mineirinho. *Cerrados*, Brasília, v. 54, n. 31, p. 138-150, nov. 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROSENBAUM, Yudith. Ethics in literature: reading Clarice Lispector’s “Mineirinho”. *Estudos Avançados*, [s.l.], v. 24, n. 69, p. 169-182, 2010.
- SÁENZ, María Jimena. *Las relaciones entre el derecho y la literatura: una lectura del proyecto de Martha Nussbaum*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- SOARES, Ilka (pseudônimo adotado por Clarice Lispector). Nossa conversa. *Diário da Noite*, 09.05.1960. Só Para Mulheres, p. 26. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/DocReader.aspx?bib=221961_04&pagfis=2245]. Acesso em: 13.12.2022.

- SOBRAL, Marcela; SCHMIDT, Selma. Após três séculos abrigando crianças abandonadas no Rio, Fundação Romão Duarte fecha as portas. *O Globo*, Rio de Janeiro, 07.07.2022. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2022/07/apos-quatro-seculos-abrigando-menores-abandonados-no-rio-fundacao-romao-duarte-fecha-as-portas.ghml>]. Acesso em: 13.12.2022.
- TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Pena é política. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, p. 49-59, 2014.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TV CULTURA. Panorama com Clarice Lispector. *YouTube*, 07.12.2012. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=ohHP1l2EVnU&t=1418s]. Acesso em: 13.12.2022.
- ÚLTIMA HORA. Inquérito confirma razões dos detentos no motim do presídio: “comida podre na ceia de Natal”. Edição de 27.12.1961. p. 2. Disponível em: [http://memoria.bn.br/pdf/386030/per386030_1961_03531.pdf]. Acesso em: 13.12.2022.
- WINSKI, José Miguel. A coisa social. In: ROSENBAUM, Yudith; PASSOS, Cleusa Rios P. (Org.). *Um século de Clarice Lispector: ensaios críticos*. São Paulo: Fósforo, 2021. *E-book*.
- XAVIER, José Roberto Franco. Reformar a justiça penal a partir de seu sistema de pensamento: por uma sociologia das ideias penais. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 438-463, 2015.
- YOUNG, Jock. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. reimp. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CROXATTO, Guido L. Friedrich Spee: de la caza de brujas al moderno derecho penal. *Pensar en Derecho*, [s.l.], ano 6, n. 11, p. 61-104, 2017. Disponível em: [www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/11/revista-pensar-en-derecho-11.pdf]. Acesso em: 14.12.2022.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. *La nueva crítica criminológica: Criminología en tempos de totalitarismo financiero*. Quito: El Siglo, 2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A teoria crítica do Processo Penal, de Antonio Pedro Melchior – *RBCCrim* 128/27-64;
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162;
- Dialética negativa da punição, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 165/301-335;
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235;
- Frantz Fanon e criminologia crítica: pensar o estado, o direito e a punição desde a colonialidade, de Jonhatan Razen Ferreira Guimarães e Marcos Vinícius Lustosa Queiroz – *RBCCrim* 135/307-341;
- O direito de punir na antiguidade, de Luís Ivani de Amorim Araújo – *RT* 688/408-411; e
- O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao "garantismo integral" (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência, de Bryan Alves Devos e Salah Hassan Khaled Jr. – *RBCCrim* 153/65-106.

ANÁLISE SÓCIO-HISTÓRICA DOS DISCURSOS E PRÁTICAS ACERCA DA JUSTIÇA CRIMINAL DURANTE A TRANSIÇÃO POLÍTICA

A SOCIO-HISTORICAL ANALYSIS OF DISCOURSES AND PRACTICES CONCERNING CRIMINAL JUSTICE DURING THE POLITICAL TRANSITION

PAULO MENDES

Mestre em Criminologia pela UNL (2022, Argentina). Graduação em Direito pela UFRJ (2012). Iniciação à docência universitária no curso de tecnologia em Segurança Pública CEDERJ/UFF. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2510-8531]. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3659202560912583]. paulo.mendes27@yahoo.com.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042396].

Recebido em: 19.07.2022

Aprovado em: 02.03.2023

Última versão do autor: 12.06.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O artigo faz uma análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política. Introduz apresentando as chaves de análise e conjuntos de discursos e práticas levantados, fazendo comentários institucionais, expondo a estratégia metodológica de Teoria Fundamentada em Dados, elencando as fontes utilizadas (jornais, memória, documentos, legislação e taxas de homicídios e da população carcerária) e desenvolvendo os conceitos com base nas referências da literatura. Explora cada conjunto de discursos e práticas identificados: convivência e justicamento, reformismo penal e penitenciário, manifestações em torno à figura da vítima e campanhas de lei e ordem. Conclui sintetizando as características estruturantes da justiça criminal de informalidade, formalização, manifestações em torno da

ABSTRACT: The article makes a socio-historical analysis of the discourses and practices concerning criminal justice during the political transition. It introduces by presenting the keys of analysis and sets of discourses and practices raised, making institutional comments, setting out the methodological strategy of Grounded Theory, listing the sources used (newspapers, memory, documents, legislation and homicide and prison population rates) and developing the concepts based on the literature references. It explores each set of discourses and practices identified: coexistence and street justice, penal and penitentiary reformism, manifestations around the figure of the victim, and law and order campaigns. It concludes by synthesizing the structuring characteristics of criminal justice of informality, formalization, manifestations

figura da vítima e incapacidade relativa. E faz por fim um balanço de como a pesquisa pode contribuir para entender a justiça criminal no contexto mais amplo do sistema penal e da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Criminal – Análise sócio-histórica – Transição política – Sistema penal – Sociedade.

around the figure of the victim, and relative incapacity. And finally, it takes stock of how the research can contribute to understanding criminal justice in the broader context of the criminal justice system and society.

KEYWORDS: Criminal Justice – Socio-historical analysis – Political transition – Penal system – Society.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1. Estratégia metodológica e fontes. 1.2. Fontes. 1.3. Chaves de análise. 2. Convivência e justiça. 3. Reformismo penal e penitenciário. 4. Manifestações em torno à figura da vítima. 5. Campanhas de lei e ordem. 6. Considerações finais. 7. Anexo. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O¹ artigo faz um estudo sócio-histórico da justiça criminal durante o período da transição política por meio da identificação das chaves de análise de informalidade, formalização, manifestações em torno à figura da vítima e incapacidade relativa com base na revisão da literatura de estudos sobre o tema; e desenvolve os conjuntos de discursos e práticas encontrados nas fontes acessadas de convivência e justiça, reformismo penal e penitenciário, manifestações em torno à figura da vítima e campanhas de lei e ordem.

A burocracia judiciária criminal majoritária se refere a esfera estadual com referência à primeira instância, com as Varas Criminais, e à segunda instância, com os Tribunais de Justiça, com a maior parte desse aparato concentrado nos centros urbanos e com comarcas que em cidades maiores são divididas por região, costumando haver pelo menos uma comarca por município. A jurisdição criminal conta, ainda, com uma esfera federal – primeira e segunda instâncias – e com tribunais superiores, como Superior Tribunal de Justiça e aquele que simbolicamente representa o judiciário, o Supremo Tribunal Federal.

As referências da pesquisa são a esfera estadual, que centraliza e possui a principal competência em termos de burocracia político-administrativa num estado federativo como o Brasil; a sua relação com a esfera federal, a principal fonte de representação e direcionamento político; e o urbano na sua dimensão internacional, regional, nacional e local expressado pelas metrópoles de São Paulo e Rio de Janeiro – que concentram atenção

1. As partes “Reformismo penal e penitenciário” e “Campanhas de lei e ordem” do trabalho foram apresentadas em 10 de setembro no seminário *Jornadas Dimensiones Sociales de la Justicia Penal* organizado pela Área Sociología de la Justicia Penal da Universidade Nacional de La Plata. As partes “Convivência e justiça” e “Manifestações em torno à figura da vítima” foram apresentadas em 26 de outubro no IX Seminário *Institutos Nacionales de Ciencia e Tecnologia-Instituto de Estudios Comparados en Administración de Conflictos*.

pública e política e possuem um importante contingente populacional; segundo uma ótica entre o centro e a periferia.

1.1. *Estratégia metodológica e fontes*

A pesquisa faz uma análise sócio-histórica da justiça criminal. É pensado como um estudo de Teoria Fundamentada em Dados (TFD) que identifica chaves de análise na literatura, levanta e interpreta dados das fontes e faz uma descrição narrativa de conjuntos de discursos e práticas afins.

A TFD foi uma resposta na área da sociologia à lacuna entre grande teoria e a pesquisa empírica, que notava uma tendência de verificação que não gerava teoria. Procurava assim descobrir teoria a partir de dados sistematicamente obtidos e analisados, defendendo que não existe um conflito fundamental entre os propósitos e capacidades dos métodos e dados qualitativos e quantitativos, sendo ambas as formas úteis tanto para verificação quanto para a geração de teoria (Glaser, B. G.; Strauss, A. L., 1967: 1-18).

Recentemente num esforço coletivo de pensar métodos de pesquisa empírica no direito, uma contribuição apresentou a TFD como um método possível, mostrando de maneira didática as formas de pensar relações entre teoria e prática e de construir conceitos que emergem de uma análise sistemática, através de um exemplo ligado à área penal (Cappi, 2017).

A identificação de chaves de análise apontou precisamente na literatura o desenvolvimento de conceitos que ressoam no escrutínio dos dados obtidos, reposicionando esses conceitos de acordo com a presente exploração, de modo a criar ferramentas para a interpretação dos dados e ajudar a estruturar uma base explicativa.

O levantamento e interpretação dos dados implicou uma coleta sistemática das fontes que selecionou e agrupou uma diversidade de documentos existentes, que foram cruzados de modo a conferir densidade empírica a pesquisa.

A descrição narrativa de conjuntos de discursos e práticas procurou rememorar episódios que marcaram historicamente o período, permitindo uma viagem retrospectiva com densidade factual e reconstituição do desencadeamento dos eventos.

1.2. *Fontes*

As fontes primárias são de jornais, memória, documentos, legislação e evolução da taxa de homicídios e da população carcerária.

A pesquisa em jornal foi feita através de uma análise sistemática por uma amostragem mensal de um jornal de grande circulação – *O Globo* – por cada ano durante o período entre 1983 e 1992, de todos os dias do mês de junho mediante relatório que apontava como o tema “justiça criminal” emergia. Por quatro jornais de grande circulação – *O Globo*, *Folha de São Paulo*, *Estadão* e *Jornal do Brasil* – pelos temas da aprovação da Reforma Penal e Penitenciária em 1984 e da campanha de lei e ordem que redundou na aprovação da Lei de Crimes Hediondos em 1990 – o dia seguinte que mostra a repercussão da aprovação dessas mudanças legislativas. São materiais disponíveis de forma digital em acervo aberto (*Folha*

de São Paulo e Estadão) ou mediante assinatura (*O Globo*), que também podem ser acessados abertamente pela hemeroteca da Biblioteca Nacional de forma digital e para alguns jornais e períodos somente de forma física mediante visitas.

Elementos de cada ponto foram ilustrados com um conjunto de notícias relevantes que exemplificam os processos descritos – jornais *O Globo* e *Folha de São Paulo*.

Foram também usadas memórias do autor quanto as relações centro e periferia, espaços e rotinas defensivas, violência e cobertura da vítima e do crime em programas de televisão.

O principal documento é o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o sistema penitenciário de 1976.

A legislação se refere aquelas aprovadas na esfera federal e cuja elaboração pode ser encontrada em arquivos legislativos, como exposição de motivos e debates parlamentares.

A taxa de homicídios e a evolução da população carcerária no período analisado entre 1983 e 1992, que balizou as interpretações da pesquisa de que houve certa flexibilização da pena de prisão, pela manutenção e leve crescimento da população carcerária; e de que havia uma incapacidade relativa para lidar com o crime violento, pelo aumento dos homicídios.

As fontes secundárias são de pesquisas realizadas no período ou sobre o período que serviram ora como fonte de informações, ora auxiliaram na interpretação, ora como referências para um diálogo em que se propõe uma reinterpretação e ainda ora como um balanço do campo. Os critérios de seleção foram se abordavam temas afins aos pesquisados e se faziam parte de um projeto de pesquisa.

1.3. Chaves de análise

A informalidade se construiu a partir de duas pesquisas.

Da pesquisa histórico-sociológica sobre a Primeira República de Marcos Bretas *A guerra das ruas* resgato a noção de “códigos informais”, quando constata uma “administração informal da Justiça” que “não é apenas um exercício de aleatoriedade, mas, ao contrário, termina por consolidar-se em práticas reconhecidas”:

Passa a existir um código informal de processo penal que dispensa advogados e juízes. Nesse tribunal das ruas, o povo interfere diretamente, sem a representação dos doutores em leis, e pode ser bem sucedido caso tenha um bom domínio do código. A forma como é tratada a população nesse código informal reflete as distorções e preconceitos vigentes na sociedade. Ser negro, pobre ou mulher pode constituir agravante nessas leis não escritas, mas a partir do momento que elas são conhecidas, torna-se possível para o cidadão empregar-las, enfatizando outros pontos que eventualmente funcionem em seu favor.

Ao constituir as relações entre o agente repressivo do Estado e a população através de códigos informais, que sobrevive à existência de todo processo formal de ação, a sociedade brasileira constrói sua cidadania em dois níveis distintos. Os ônus de permanecer no nível informal são muito visíveis através da história de punições e violências da polícia, mas é preciso perceber que, ao mesmo tempo, os códigos formais simplesmente excluem da cidadania uma parte significativa da população.

Do período formativo que analisamos até os dias de hoje, é fácil perceber que os procedimentos que estavam se formando, hoje estão firmemente assentados. A justiça informal

promovida pela polícia sobrevive seja através de aberrações como o extermínio, seja através do arbitramento de pequenas questões como brigas de vizinhos. A operacionalidade de procedimentos irregulares permitida nas ações informais tornou-se frequentemente diretriz política para a ação policial, originada do centro do Estado. Não punir determinados crimes ou dirigir a violência policial contra as camadas populares são políticas presentes em governos mais ou menos autoritários. Ao mesmo tempo, as muitas medidas adotadas visando conformar a ação policial a códigos legais têm resultado sempre em fracasso. Mesmo assim, uma larga parcela da elite intelectual brasileira continua convencida que é através do sistema legal que se transformará a realidade. Para este grupo a ação informal é indesejável e deve ser eliminada, sem perceber que assim se elimina a forma única que setores da população tem de alcançar a Justiça. Pensar em mudanças no nosso sistema policial deve implicar, antes de mais nada, em reconhecer a materialidade de práticas que não constam dos manuais e, mais do que isto, a importância destas práticas para o funcionamento do sistema numa situação em que ele é rejeitado pelo próprio Estado (Bretas, 1997: 114-115).

O resgate desses códigos informais nesse trabalho procurou entender a relação que possuem com os apelos à legitimidade em termos de justiça de atitudes altamente disruptivas – aquelas que se relacionam ao mesmo tempo à uma quebra de autoridade e à sua afirmação forte mediante o exercício da punição e da violência – na crônica policial.

Da pesquisa de David Garland a caracterização dos linchamentos públicos como uma “suspensão de fato da lei estatal que ocorre não por causa da falta de capacidade de sua aplicação, mas porque nessas situações normas locais de justiça contradizem a lei estatal e interrompem a sua operação”, sendo “um ato de vingança e defesa social preferível ao julgamento e punição oficial contra malfetores que ameaçam a segurança e autoridade da comunidade branca” (Garland, 2005: 810, 815).

Foram pontos que iluminaram a compreensão sobre determinados episódios da crônica policial no início da década de 1980. Serão resgatados os múltiplos episódios e formas que assumem alguns conflitos altamente disruptivos que evitam – e ao mesmo tempo a maneira como potencialmente se relacionam – com esse julgamento e punição oficial.

A formalização da pesquisa de Máximo Sozzo sobre um modo de produção de política penal “elitista”, em mãos de um grupo relativamente pequeno de pessoas privilegiadas que constituíam uma rede (políticos, especialistas e atores do judiciário) que se construía através de contatos formais e informais fechados e protegidos, distante do que o público pensa, quer ou sente; e “formalista”, confiando centralmente na criação da lei, desconectado da importância dos processos de sua aplicação e dando por certo que eles se desenvolveriam como se prescrevia no plano do “dever ser”, liberando fortes espaços de autonomia para as instituições penais e suas formas tradicionais de pensar e agir (Sozzo, 2013: 210-212).

Nessa exploração menos pontuando as iniciativas, descrevendo o conteúdo legislativo e apontando sua orientação ético-política e mais tentando reconstruir “o que” e “como” se projetou como reforma segundo um *ethos* – a maneira de pensar e agir de um grupo –, uma linguagem – meio de comunicar ideias e sentimentos através de signos – e burocracia – atividade de administração pública por cargos definidos, regulamento fixo, determinada rotina e hierarquia.

As manifestações em torno à figura da vítima da pesquisa de David Garland, sobre como o papel da vítima “era comumente reduzido aos de denunciante e testemunha” e como começou a se estabelecer uma relação diferente “com as vítimas individuais e também com os movimentos organizados de vítimas”, que foram “descobertos pela mídia e políticos” e o que “começou como um movimento isolado e espontâneo se transformou numa função subsidiada pelo governo” (Garland, 2001: 265-266; 339-340).

Na presente pesquisa interpretando de maneira contextual “quem”, “como” e “de que forma” se manifestava em torno à figura da vítima, tendo em vista que essa era uma das dimensões fundamentais em que o tema da justiça criminal emergia nos jornais da época, chegando em certos momentos a definir a pauta política com relação ao tema na agenda pública.

A incapacidade relativa a partir de duas pesquisas.

Da pesquisa de Katherine Beckett a ideia de resgatar os momentos de ascensão de campanhas de lei e ordem sobre a questão do crime e da droga, foco central do seu livro *Making crime pay* (nesse sentido ver Beckett, 1997: 16-23).

Nessa empreitada, no entanto, não baseado numa regressão estatística longitudinal acerca do crime como problema público e em pesquisas de opinião pública à nível nacional, e sim fazendo uma análise do contexto, objetivo e resultados da ascensão dessas campanhas, resgatando a interação dos atores de forma a levar em conta o papel e posição relativa entre políticos profissionais, especialistas e opinião pública e as esferas federativas em que atuaram.

Da pesquisa de David Garland tentar promover “análises detalhadas que mostram como atores políticos e agências governamentais” – forças policiais, agências de persecução criminal, tribunais, prisões, departamentos governamentais, representantes eleitos – foram “confrontados com um novo conjunto de problemas práticos em suas atividades diárias” (Garland, 2001: 37). Um conjunto de problemas que deriva “do crescente reconhecimento de que a justiça penal moderna é limitada em sua capacidade de controlar o crime e prover segurança” (Garland, 2001: 37). De forma a entender “os modos pelos quais os funcionários de governo e os atores privados vivenciam e apreendem as novas circunstâncias sociais e as novas dificuldades”, bem como aos “instrumentos intelectuais e meios técnicos desenvolvidos para lidar com tais circunstâncias e dificuldades” (Garland, 2001: 75). Lembrando que “a emergência de fenômenos estruturais, tais como racionalidades, mentalidades e estratégias, é, em primeiro lugar, o resultado da operação de resolução de problemas, por parte de atores e agências” e que as “estratégias são adotadas, e logram êxito, porque caracterizam problemas e identificam soluções de maneira compatível com a cultura dominante e com a estrutura de poder sobre a qual ela reside” (Garland, 2001: 77).

A administração da justiça criminal foi encarada como um enfoque de resolução de problema, não de forma mais geral tentando reconstituir o seu lugar e dilemas na pós-modernidade, e sim mais especificamente em como se configura estrategicamente de maneira contextual diante do crime violento, tendo em vista o lugar proeminente que o tema “violência” assumiu durante o período estudado.

2. CONVIVÊNCIA E JUSTIÇAMENTO

Em geral, no momento em que debatemos sobre a justiça criminal, as primeiras e mais imediatas referências são aos instrumentos formais e aos aparatos duros. Eles, certamente, são fundamentais e caracterizaram a justiça, mas não incluem devidamente um conjunto importante de discursos e práticas que “ficam de fora”, mas que conformam e ajudam a entender “o que está passando”.

Nesse sentido, existem circuitos de interação social que se expressam em códigos informais de convivência. São algo assim como “termômetros” do cotidiano que estão baseadas numa mistura de percepção e sensação entre o que é considerado aceitável e inaceitável num determinado espaço e tempo referencial. A imagem mais idílica, e ao mesmo tempo bem enraizada, é aquela de um bairro mais ou menos harmonioso que não possui grandes problemas, entendidos dessa maneira aqueles que fujam de um padrão tão certo como potencialmente arbitrário sobre o que é considerado normal e que possui como uma garantia implícita um certo acordo de que seus problemas nunca se tornem grandes o suficiente para “quebrar o sossego”.

Uma das maneiras em que se desenham esses circuitos são pelas formas de moradia e mobilidade. De forma mais objetiva e visível, foi possível reconhecer tanto espaços defensivos – como o uso em casas de grades e cadeados, deixar a luz acesa ao sair –, quanto rotinas defensivas, como a maneira de uso do transporte: sair rápido do carro, se sentar no ônibus mais perto do corredor e da porta de saída; ou de interação com a vizinhança: deixar ou diminuir a comunicação cara a cara com vizinhos, não sair durante a noite; e ainda, de funcionamento de serviços e comércio: deixar de entregar correspondência numa localidade, impedimento ou horários reduzidos de atendimento de comércio por consideração do local como zona de risco.

De forma mais subjetiva criam um alerta que vai de um incômodo de tentar evitar determinados espaços e pessoas fonte dessa preocupação até uma alteração existencial mais radical, como mudar de moradia. Criam assim estilos de vida adaptados, como morar num apartamento com vigia permanente, uma forma de terceirizar aquela preocupação e garantir uma sensação de inviolabilidade. Ocorre também toda uma projeção que transmite visões desencantadas do presente, normalmente ligadas a uma idealização de que “no passado era melhor” (como na matéria “Em Maria da Graça, alerta contra os arrombamentos”).

Em Maria da Graça, alerta contra os arrombamentos

Moradores e comerciantes de Maria da Graça vivem em estado de alerta, devido aos frequentes arrombamentos. A feição das casas do bairro tem mudado nos últimos meses, recebendo grades, trincos e cacos de vidro sobre os muros. Nem assim consegue-se frear a onda de violência. Olga Neves mostra as marcas da tentativa de arrombamento deixadas na porta de sua casa. Quem mora próximo à estação do Metrô reclama que a sua construção facilitou a ação de bandidos, que se escondem aproveitando a precária iluminação. Os moradores ressaltam que a norma vigente na área é não deixar a casa abandonada.

Sérgio Kronenberg, que morou 30 anos em Maria da Graça, critica o clube do bairro. Segundo ele, os frequentadores são arruaceiros e viciados em tóxicos, e põem em risco a vida dos moradores com tiroteios e quebra-quebras. Passar em frente ao clube, à noite, exige coragem e até mesmo uma dose masoquismo, segundo Sérgio. Há pouco tempo, ele se mudou para o Cachambi, onde reside num prédio com vigia permanente. As lembranças de Maria da Graça são péssimas. Quando chegava em casa, Sérgio preferia deixar o carro na calçada a perder tempo abrindo o portão da garagem.

— Nunca dei tempo para a aproximação de ladrões, pois corria o risco de perder o carro — diz ele.

Rogéria, mulher de Sérgio, lembra da época em que era possível colocar cadeiras na calçada para bater papo com os vizinhos.

— Há cerca de oito anos, Maria da Graça ainda era um bairro tranquilo. A situação foi mudando e, hoje em dia, pelo que tenho ouvido de amigos, viver em Maria da Graça é um inferno — diz.

Fonte: O Globo, 21 de junho de 1989.

Essa é uma imagem que, ao mesmo tempo, parece um “pano de fundo” em contradição com a crônica policial, o lembrete diário de que algo em alguma parte está errado e não exatamente pela “presença” da justiça penal, mas por sua “ausência”.

Nesse sentido, é marcante um tom exotizante das notícias referentes a episódios entendidos conjuntamente como “anarquia punitiva” e que tinham certa constância na crônica policial: o caso de acerto de contas em que um familiar, que teve um parente morto, mata o suspeito como forma de vingar a honra familiar; o caso de passageiros de ônibus que lincham um ladrão até que a polícia chega; o caso em que um ofensor conhecido pela vizinhança que assaltava ônibus é morto pela polícia com a anuência efusiva de diversas pessoas que assistiam a cena; o caso de um homicídio numa cidade pacata do interior, em que o suspeito é preso em delegacia e moradores invadem a delegacia e matam-no; o caso em que dois empregados domésticos cometem latrocínio contra o patrão em cidade do interior e são mortos por moradores do local; o caso de chacina em que um suspeito de tráfico mata um inimigo e sua família em zona marginalizada; o caso em que diversas pessoas são mortas numa região num curto período de tempo com indícios de atuação de “limpeza” de grupo de extermínio formado por agentes formalmente públicos que atuam clandestinamente; o caso de uma reação de policiais à morte de um policial em que é feita uma “batida”

resultando em diversos mortos; o caso de um barão em cidade do interior que mandava matar desafetos mantendo um grupo responsável pelas execuções. Estes são casos em geral que despertam especial atenção porque remontam ao mito fundador de soerguimento de “palácios de justiça” frente a uma percepção de latência do perigo da vingança privada.

Enfim, são expressões de dinâmicas carregadas de uma alta conflitividade disruptiva mais ou menos assimétrica e que assumem uma dimensão extremamente problemática em episódios de justiça, linchamento e chacina.

Pode se explicar o justiça por uma conjugação de fatores que contribuem para a maneira pela qual se expressa, reclamando uma contundência de legitimidade: um conhecimento convencional de ofensas repetidas atribuídas a uma personalidade infame; a percepção de uma capacidade de ação fora da considerada comum, que causam danos representados como palpáveis e perceptíveis; a noção de uma insuficiência na atuação das agências de persecução; o possível esgotamento de outros meios de força ou a sensação de inevitabilidade de seu uso definitivo; e a interposição de um ator ou agência autorizada (como na matéria “Policiais matam o ‘assaltante do brinco’, o mais caçado de Niterói”).

Policiais matam o ‘assaltante do brinco’, o mais caçado de Niterói

Cerca de 300 moradores de Icarai, em Niterói, bateram palmas ontem de manhã quando funcionários do Instituto Médico-Legal Afrânio Peixoto colocaram no rabeção e corpo do assaltante Jorge dos Santos Solidade, o Jorginho, de 22 anos, morto pela Polícia na esquina das ruas Presidente Backer e Mem de Sá, depois de roubar os passageiros de dois ônibus, uma moça e baleiar um sargento da Polícia Militar e um motorista de táxi a quem ia assaltar.

Jorginho, conhecido como “Isidoro do brinco” porque usava um brinco na orelha direita, era o assaltante mais procurado de Niterói nos últimos cinco meses. Somente na 77ª DP há 32 registros de roubos praticados por Jorginho, morto ontem com dois tiros.

ROUBOS E PERSECUÇÃO

Ontem pela manhã, Jorginho as-

saltou um ônibus da Viação Fortaleza, que passava pela Rua Pereira da Silva, roubando Cr\$ 49 mil do cobrador Jorge de Abreu e Cr\$ 4,5 mil e o relógio do motorista Carlos Resende. Depois, assaltou o ônibus AM 5015, da Viação Ingti, roubando Cr\$ 30 mil da fêria do cobrador. Ele roubou também o relógio de pulso de uma moça, atacada na Rua Gavião Peixoto.

Por volta de 11h, Jorginho estava no Centro de Niterói e pediu uma corrida para o Fonseca no táxi de César Augusto Ribeiro, de 42 anos. Na Alameda São Boaventura, o delinqüente anunciou o assalto e mandou que o motorista seguisse para a Rodovia Amaral Peixoto.

Quando chegava no fim da Alameda, o motorista entrou com o carro no quarteirão do Centro de Especialização e Recomplicamento da Polícia

Militar. O assaltante, então, atirou no motorista, atingido na perna e braço esquerdo, e ainda disparou contra o sargento Ottonides quando o policial tentou prendê-lo: o PM foi ferido com um tiro de raspão na cabeça e está internado no Hospital da Polícia Militar.

Jorginho fugiu a pé. Embarcou num ônibus que subia a Alameda, desembarcou logo adiante e embarcou em outro coletivo que descia a Alameda. Próximo ao Bairro Chic, ele desceu do ônibus e rendeu o motorista de uma Kombi, obrigando-o a lhe dar fuga. A esta altura, vários carros da PM, da Operação Apolo e da 77ª DP já perseguiam o assaltante.

Na esquina de Presidente Backer e Estácio de Sá, Jorginho abandonou a Kombi e rendeu o comerciante Maggin Barreiros Veiga, que dirigia

o Corcel II AJ 8831. Cerca de 200 metros adiante, na esquina de Mem de Sá, o carro particular foi cercado por policiais da 77ª DP, Operação Apolo e PM. Jorginho descarregou seu revólver calibre 32, mas foi morto com dois tiros quando tentava sair do carro. O comerciante, que estava ao volante, não foi atingido porque deitou-se no piso do Corcel II.

DINHEIRO E JOIAS

O Delegado Alélio Américo dos Santos encontrou nos bolsos do assaltante — que estava bem vestido, com roupas e tênis da moda — Cr\$ 130 mil, a maioria em notas de Cr\$ 100 roubadas dos cobradores dos ônibus, cordões de ouro e um relógio de pulso, além de um talão de cheque-ouro do Banco do Brasil, agência Leblon, em nome de Jorge Braga de Souza.

Fonte: O Globo, 9 de junho de 1984.

Uma pesquisa no sentido de entender os linchamentos nos bairros mostrou conexões entre formas legais e ilegais de justiça através de entrevistas com moradores, processos penais e inquéritos policiais para apurar os fatos, tentando compreender as formas de legitimação de práticas extralegis de justiça em forma coletiva, demonstrando como essas ocorrências “expressam um conflito entre a expectativa desses grupos sociais e o funcionamento das instituições de justiça, configurando um conflito de legitimidade”².

2. Sobre o resumo da dissertação e para um relato de episódios de linchamento na década de 1980 e seus significados para os bairros em São Paulo, ver a dissertação de SINHORETTO, Jaqueline. *Justiçadores e sua justiça* (2001). p. 3, 119-182.

Um balanço contemporâneo da época sobre formas de violência extralegal na América Latina, inspirado numa conferência de dezembro de 1988, em Salvador da Bahia, intitulada “Mortes anunciadas”, já falava sobre como as projeções da transição política na região requeriam cautela acerca de como avaliar a justiça criminal nesses contextos. O referido balanço aponta as batalhas disruptivas que geram um fogo cruzado, que formam parte de uma violência do dia a dia, não inteiramente interpessoais ou unicamente nas mãos de autoridades oficiais. E toma como base uma estrutura estatal periférica com problemas fiscais, produto de assimetrias econômicas e políticas baseado numa tecnocracia que media conflitos entre frações de elite crescentemente transnacionais.³

3. REFORMISMO PENAL E PENITENCIÁRIO

Na primeira metade da década de 1980, em âmbito federal, se convocou comissões de especialistas com autonomia na determinação do conteúdo legislativo que objetivavam uma “modernização da justiça criminal e dos “estabelecimentos penais”. Inicialmente pensada como uma reforma que abrangia também a administração da justiça criminal, sendo discutida uma nova lei de processo penal. No entanto, efetivamente, foram elaboradas em paralelo e tramitado conjuntamente pelo Congresso Nacional somente aquelas mais ligadas diretamente ao sistema de penas, como uma nova parte geral do Código Penal e uma lei de execução penal.

As comissões foram formadas por especialistas⁴, levando em consideração suas carreiras acadêmicas e profissionais, relações pessoais e institucionais que tinham como fonte de autoridade o saber legal, e que discutiram internamente usando uma linguagem do direito de caráter hermético e tutelar como forma de obter consenso e angariar adesão aos projetos; e que, além de serem discutidas em reuniões exclusivas – reuniões promovidas pelo Ministério da Justiça da comissão responsável que elaborou os anteprojetos –, foram apresentadas em alguns congressos reservados ao mundo acadêmico de caráter eminentemente jurídico, como o I Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, em outubro de 1981, em Brasília; e também, depois de publicado, o anteprojeto permitiu sugestões da comunidade jurídica (PAIVA, 2014, p. 89-95).

Exemplos dos termos e posicionamentos que indicam um incipiente debate de sugestões da comunidade jurídica acerca da nova parte geral do Código Penal tal como apareceram pontualmente na agenda pública foram: de que implicava uma manobra do regime

3. Na introdução de HUGGINS, Martha (Org.). *Vigilantism and the state in modern Latin America* (1991). p. 1-18.

4. A comissão de elaboração do anteprojeto de código penal foi presidida por Francisco de Assis Toledo e composta por: Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreucci, Miguel Reale Júnior, Hélio Fonseca, Rogério Lauria Tucci e René Ariel Dotti. A comissão de elaboração do anteprojeto de lei de execução penal também foi presidida por Francisco de Assis Toledo e composta por: René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negri Calixto.

autoritário para dar impressão de combate ao crime, justificando que o crime não se combate com a lei penal, mas com a mudança das estruturas sociais e da administração da justiça criminal; o risco de desconexão que representaria reformar a parte geral – critério de aplicação da lei penal e sistema de penas – sem uma reforma na parte especial, que prevê os crimes e as penas em específico; o elogio do “espírito liberal” do texto, que limitaria a pena privativa de liberdade, daria importância à conduta da vítima, garantias de previdência social ao preso que trabalha e a possível redução do abuso de poder de juízes, promotores e delegados, sobretudo, a respeito da prisão preventiva.

Uma posição particular considerada equilibrada e de caráter geral que encarnava um espírito revisor e comentava mais detalhadamente o conteúdo da legislação: a concepção geral de que se adotaram penas comparativamente mais brandas, apesar do que se denominou de “criminalidade inquietante”; várias observações sobre a redação do texto com relação à aplicação da lei penal e sistema de penas em que se destaca comentários sobre a tentativa de criar formas alternativas à reclusão, como o trabalho comunitário, que foram encaradas com ceticismo quando matizadas por alguns elementos empíricos de que penas elevadas e crimes graves impediriam sua consecução prática – nesse sentido em especial, citando a inaplicabilidade da suspensão condicional da pena a penas inferiores a dois anos, afirmando assim que essas “formas importadas” podem não se adequar ao Brasil – segundo os elementos de aplicação de pena em concreto do judiciário de então –, já que “não haveria clientela” para essas formas alternativas (como na matéria “O novo Código Penal. Penas mais brandas, apesar da criminalidade inquietante”).

modo não sistemático pelos especialistas e que derivavam do seu contato formal e informal com operadores e que de maneira geral problematizava o sentenciamento a penas excessivamente prolongadas e segregadoras; e de um diagnóstico federal da situação carcerária feito pelo legislativo⁵.

Esse diagnóstico chamado “CPI – Sistema Penitenciário” foi feito pela Câmara de Deputados por uma Comissão Parlamentar de Inquérito formada por integrantes dos dois partidos autorizados e relatado por um deputado do partido da situação, sendo destinada a “proceder ao levantamento da situação penitenciária do país”. A comissão tomou depoimentos, em discussão com os políticos profissionais, de advogados e professores de direito e de medicina legal, promotor público, diretor de departamento penitenciário estadual, juízes de direito de vara criminal e de execuções penais, secretários de justiça e diretor de penitenciária; realizando ainda algumas inspeções em penitenciárias e produzindo um relatório e conclusões publicados em 1976, que foram enviados para providências ao executivo federal.

Ao analisar a situação penitenciária levou-se em consideração “regime prisional, garantias e direitos do prisioneiro, trabalho e alimentação, prática de esportes, tratamento médico”, visando um diagnóstico “dos efeitos da prisão sobre a personalidade do recluso, em confronto com o objetivo da pena privativa de liberdade”. Objetivo que é “ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade”, um requisito “inafastável para a eficiência do tratamento penal”, que é “obstaculizada pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua consequente distribuição por estabelecimentos distintos”. Pontua como a população carcerária estava, em sua maioria, fora de estabelecimentos penais entendidos como adequados, como em cadeias públicas, em que há uma convivência entre “criminosos de alta periculosidade” e “criminosos ocasionais”, que criam um “ambiente de estufa”, em que “a ociosidade é a regra”, gerando “deterioração do caráter resultante da influência corruptora da subcultura criminal” e que tem como consequência um confinamento definido como “sementeiras de reincidência”, marcando a ausência de esforços sistematizados “no sentido da reeducação do delinquente” e uma característica discriminatória de falta de diversos tipos de assistência “no sentido da ressocialização”, apontando “a lentidão processual e a aplicação da prisão preventiva” como “causa determinante da superlotação carcerária na fase anterior à condenação”.

Defende assim que “uma política legislativa orientada no sentido de proteger a sociedade terá que restringir a pena privativa de liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere”, numa filosofia que buscará “outras sanções para criminosos sem periculosidade ou crimes menos graves”,

5. O relator era o então deputado do partido da situação Ibrahim Abi-Ackel, que teve seu relatório aprovado e publicado no Diário do Congresso Nacional, em 4 de junho de 1976. O inteiro teor do “relatório e as conclusões da comissão parlamentar de inquérito destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária do país” pode ser acessado em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6A4F9C98323BD931EDAE62A9C97C1A0E.proposicoesWebExterno2?codteor=1244772&filename=Dossie+-PRC+70/1976].

não se tratando de “combater a pena privativa de liberdade como resposta penal básica ao delito”, mas “sua constrição aos casos de reconhecida necessidade, como meio de defesa social”, onde termina defendendo um “novo sistema de penas, com substitutivos à pena de prisão”, “necessidade de novas penitenciárias” que restrinjam a “segurança máxima, até agora indistintamente destinadas à população carcerária” aos casos de “comprovada necessidade”, abrindo lugar a prisões “semiabertas ou abertas”, penitenciárias que deveriam ter “número máximo de 500 presos” e se distribuírem por regiões conservando “tanto quanto possível no seu próprio meio”, adotando em qualquer caso a “cela individual”.

Afirma então, categoricamente, que “nenhuma instituição penitenciária justifica sua existência se não dispensa tratamento penal adequado” e vai pontuar uma série de medidas para essa adequação: exame criminológico da personalidade mediante juntas de observação; especialização profissional; organização judiciária; treinamento com criação de uma escola penitenciária nacional e de uma carreira para o pessoal penitenciário; respeito aos direitos do preso; controle jurisdicional; padronização de regulamentos disciplinares; trabalho remunerado e protegido, provedor de aptidão profissional intra e extramuros; educação nos diversos graus; abordagem à vida sexual; assistência ao preso e seus familiares durante e depois do período preso através de patronatos; assistência também às vítimas e seus familiares; eficácia pedagógica do tratamento penitenciário contra fatores criminógenos da prisão e de outras sanções; assistência jurídica; e propondo, ao fim, a elaboração de um código de execuções penais.

Essa comissão parlamentar de inquérito marcou o início de um processo de certa institucionalização da questão penitenciária em meados dos anos 1970, que passou a contar com propostas de ampliação de flexibilização da pena de prisão em âmbito federal, como na ampliação dos critérios de livramento condicional; e também em âmbito estadual, como na proposta de criação e ampliação das prisões albergue. Nesse período, foi criado um Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, instalado em junho de 1980, composto principalmente por especialistas do saber legal, com caráter consultivo vinculado ao Ministério da Justiça e que definia metas e prioridades, fazia assessoramento legislativo, e que inicialmente se manteve por meio de reuniões fechadas, em que também participavam empresários como forma de “conscientização da sociedade civil acerca do problema do preso”. Foi, então, a partir do início da década de 1980, que se instalou as comissões para a elaboração de uma reforma legal, que foi o ponto culminante daquele processo de certa institucionalização em âmbito federal com a aprovação da reforma legal no sistema de penas (a descrição do período e das medidas como um processo de institucionalização da questão penitenciária em TEIXEIRA, 2006, p. 62-69).

Sobre a elaboração desses projetos de lei que reformavam o sistema de penas foi afirmado que havia uma premissa compartilhada entre juristas e políticos profissionais da reforma como “modernas, humanas e garantidoras dos direitos dos presos”, que foi “formalmente acolhida”, mas que o sistema penal assumiu uma função de “instrumento simbólico” e “legitimação institucional” que levou à “impossibilidade prática da execução desse paradigma” (PAIVA, 2014, p. 96-98). Acredito que é possível explicar isso por um *ethos* de moderação e uma linguagem de direitos que permitia simbolicamente ser compartilhado com

políticos profissionais e servir como orientação geral do “que fazer” aos aplicadores da lei, mas que transigia com uma herança corporativo-estamental de rituais herméticos e tutelares que conferia amplas margens de discricionariedade e que permitiam uma modulação prática segundo interesses e circunstâncias, que descuidava do processo de implementação pressupondo uma adesão automática e que confiava num conhecimento mais intuitivo elaborado sobre “o que estava passando”.

A nova parte geral do Código Penal⁶, sancionada em 11 de julho de 1984, representou então uma mudança parcial do Código Penal de 1940 quanto aos critérios de aplicação da lei penal e formas de sancionamento. Quanto aos critérios de aplicação, fez uma mudança que passou a centralidade do fundamento legal da periculosidade para a culpabilidade, mantendo amplas margens de discricionariedade ao juiz. Quanto às formas de sancionamento, previu prisão a ser cumprida de forma progressiva, modelado segundo uma arquitetura penal variada e limitada temporalmente; e institutos como a suspensão condicional da pena, penas substitutivas da prisão – com critérios com baixo impacto no sentenciamento – e formas de flexibilização da privação da liberdade, em que se destaca o livramento condicional.

Uma forma de sancionamento que representou uma inércia foi a medida de segurança, prevendo sentença indeterminada quanto à sua execução e sem qualquer limitação temporal, fundamentada na periculosidade como critério de manutenção indefinida em meio fechado como forma de “tratamento”. A medida de segurança depende de um laudo psiquiátrico que atesta uma anormalidade considerada patológica do sujeito no momento da ação criminosa. Anteriormente, essa medida de segurança poderia ser acumulada à aplicação da pena privativa de liberdade no curso da execução da pena, tornando uma pena certa e limitada em ilimitada. A mudança previu a separação e definição entre pena e medida de segurança no momento da sentença, mas como efeito de um paradigma médico-alienista de perigo manteve a indeterminação da medida de segurança, que no caso da execução da pena privativa de liberdade foi definida com o limite máximo de 30 anos.

A Lei de Execução Penal⁷, sancionada em 11 de julho de 1984, no mesmo contexto, que, por sua vez, foi a primeira lei aprovada em âmbito federal nesse sentido, após um longo período de tentativas de codificação, representou um esboço de padronização de critérios legais para o cumprimento de penas no Brasil, antes a cargo de cada estado federado e das penitenciárias, na forma de regulamentos.

Foi, portanto, um instrumento que se imaginava reconhecendo o preso como sujeito de direito e que regulava a distância o poder disciplinar, o que eram essencialmente formas de criar um acesso ao judiciário para conferir legitimidade à ordem carcerária. Criou assim critérios de execução da pena de prisão – os chamados “benefícios” – formulando condições de encarceramento que se pensavam como mais adequadas que as anteriores e

6. Nova parte geral do Código Penal, Lei 7.209 e Lei de Execução Penal 7.210, ambas de 11 de julho de 1984.

7. Nova parte geral do Código Penal, Lei 7.209 e Lei de Execução Penal 7.210, ambas de 11 de julho de 1984.

imaginando uma arquitetura penal num sistema “arquipélago” e num sentido correcionista em termos de trabalho e educação próprios de uma sociedade industrial-agrária.

Foi uma continuidade no sentido de prever institutos como o exame criminológico da personalidade – o exame é um diagnóstico de personalidade multiprofissional, entre o psicológico e o social, conduzido por meio de entrevista e que produz um laudo – e formas de classificação e avaliação de comportamento num sentido mais negativo de controle e prognóstico, como por comissões com membros do setor administrativo da penitenciária que classificam o comportamento segundo faltas disciplinares. Esse exame e classificação são utilizados pelo juiz de execução penal como documentos que instruem a decisão de flexibilização do regime ou concessão de livramento condicional.

A aprovação da nova Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal tinha um grau baixo de contestação, sendo uma medida considerada técnica impulsionada desde o executivo pelo Ministério da Justiça. O destaque da mudança na agenda pública era com relação ao sistema de penas que implicou uma reclassificação da reclusão segundo etapas entre regimes: fechado, em estabelecimentos de segurança máxima ou média; semiaberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e aberto, em prisão albergue. Outro ponto destacado eram as penas restritivas de direitos substitutivas da prisão: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana. Foi destacado, ainda, a vedação da prisão perpétua e a limitação da privação de liberdade em 30 anos. A justificação das mudanças legais era que iriam tornar a justiça criminal mais rápida e as penas mais eficazes, através de uma “modernização de regras”, segundo as “exigências da sociedade brasileira”, sendo “fundamentais para o combate à violência e criminalidade”. Segundo o personagem reformador que a impulsionava, era uma empreitada de larga duração do mundo jurídico-político que se concretizava e era essencial para sua eficácia incluir nessa reforma a renovação do código de processo penal – o que não se concretizou (como na matéria “Senado aprova parte de novo Código Penal e a Lei de Execução”).

Senado aprova parte do novo Código Penal e a Lei de Execução

BRASÍLIA — O Senado aprovou parte do novo Código Penal e a Lei de Execução Penal, já submetidos à Câmara, e que irão agora à sanção Presidencial. Encaminhado pelo Executivo, o projeto do código visa adequar a legislação penal às exigências da sociedade brasileira, segundo nota do Ministério da Justiça.

Pelo projeto, são estabelecidos os regimes de cumprimento da pena privativa da liberdade: o fechado, que consiste na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e o aberto a prisão albergue, cuja execução deverá ocorrer em casa de albergado ou instituição adequada.

Outra inovação do projeto é a adoção de penas restritivas de direitos, substitutivas da pena de prisão, que são as de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fins de semana, para os delitos dolosos cuja pena seja inferior a um ano, e os culposos de modo geral, ao arbítrio do Juiz.

Vedando a prisão perpétua, o novo Código Penal restringe a duração das penas privativas de liberdade a 30 anos, a partir do entendimento de que “as penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina”. Já o projeto da Lei de Execução Penal pretende enriquecer e modernizar as regras

jurídicas fundamentais do regime penitenciário.

Para o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, a aprovação, ontem, pelo Senado, da parte geral do Código Penal e o texto integral da Lei de Execução Penal vai tornar a Justiça Criminal mais rápida e as penas mais eficazes. Embora considere instrumentos fundamentais no combate à violência e à criminalidade, Abi-Ackel lamenta o retardamento da aprovação do Código de Processo Penal, ainda na Comissão de Justiça da Câmara.

Segundo o Ministro, a reforma na legislação penal brasileira somente será eficaz se entrarem em vigor as três leis.

Temeroso de que esta reforma, tentada há 20 anos, venha a frustrar-se mais uma vez, o Ministro está aguardando a chegada a Brasília do Relator do Código de Processo Penal, Deputado Sérgio Murilo, para formular-lhe veemente apelo no sentido de que ele apresente o seu relatório, segundo a nota distribuída pelo Ministério da Justiça.

Fonte: O Globo, 20 de junho.

Foi afirmado, assim, que essas mudanças representaram um “giro no sentido do ideal ressocializador frente ao paradigma do tratamento” vigente até então, afirmando que o paradigma médico perde força em relação a um paradigma mais psicossocial (TEIXEIRA, 2006, p. 62-69).

Em termos de racionalidade penal, houve, na verdade, mais uma mutação entre uma lógica de “tratamento”, fundada unitariamente na periculosidade e numa internação fundamentalmente segregadora como medida de caráter administrativo-penitenciário, para uma lógica dualizada entre privação da liberdade fundada na culpabilidade e medida de segurança fundada na periculosidade, segundo uma arquitetura penal diferenciadora em termos de segurança e fomento à reintegração social de caráter judicial-penitenciário num

sentido industrial-agrário. Ou seja, o judiciário através de um processo de execução penal pretendia regular junto à penitenciária a situação jurídica das pessoas privadas de sua liberdade, que, por sua vez, ficariam em estabelecimentos pensados como uma forma de internação que se flexibilizaria num sentido preparatório para uma reintegração socioeconômica industrial e agrária.

Essa execução penal era concebida como limitada e dosada por meio de uma sentença “que não afetaria outros direitos não atingidos pela privação da liberdade” e que seria cumprido progressivamente, segundo uma avaliação “profissional” e “técnica”, mediante transferências internas entre arquiteturas penais. Partia de um diagnóstico da impropriedade da internação por indiferenciação, acumulação e ociosidade das pessoas privadas da sua liberdade, devendo se sanar esse “hiato de legalidade” mediante uma intervenção “reguladora” e “civilizadora” que fosse capaz de manter estabelecimentos penitenciários “modernos” e “adequados”.

4. MANIFESTAÇÕES EM TORNO À FIGURA DA VÍTIMA

Inicialmente havia um uso da vítima e sua projeção potencial em defesa de medidas penais e policiais drásticas, louvando uma execração pública de determinadas figuras delinquentes, acompanhando casos policiais que faziam apologia da morte e veladamente da tortura, que procuravam despertar o fascínio a partir da veiculação e narração de cenas criminais, que eram uma mistura de ficção-realidade e que serviam como válvulas de escape de expressões de emoções acompanhadas de um humor sombrio, que era personalizado numa posição e exposição pública carismática. Focavam muito mais no que deveria ser feito com bandidos, normalmente usando as vítimas como pretexto para montagens de históricas macabras que incluíam genericamente o fomento de um ódio a ser compartilhado por um público-plateia.

Nesse sentido, o programa de rádio “Patrulha da cidade”, de grande audiência nos anos 1980, em São Paulo. Num exemplo desse tipo de programa⁸, pôde-se constatar algumas características peculiares, como: a narração de histórias de crime graves com detalhes sórdidos; a tomada de depoimento de pessoas afetadas, em que expressam suas emoções após situações traumáticas; a centralidade e o elogio da atuação da autoridade policial, que também depõe sobre a ação, inclusive apresentando o suspeito e tomando seu depoimento; a alegação de que as leis estavam defasadas e que talvez fosse melhor uma ação que não dependesse do judiciário; a defesa da morte do suspeito e sua constante execração; uma extrapolação desse crime para uma noção de que crimes em geral assolam a cidade e implicam um risco constante de violência; e um apelo à autoridade política de medidas enérgicas.

Assim, ocorre uma comoção em torno de casos que chocam a opinião pública de vítimas usualmente mais protegidas, que geram manifestações públicas com pessoas vestidas de branco em passeata a que se somam diferentes setores e que não possuem uma posição unívoca, congregando pedidos de justiça, outros de paz, defesa da pena de morte e de

8. Amostra de programa disponível em: [www.youtube.com/watch?v=I_oKtgbNpLI].

solidariedade e denúncia em relação a outras vítimas que sofrem com a violência, mas que não parecem gerar o mesmo tipo de comoção ou visibilidade.

Exemplo disso, é o movimento composto por um caso de violência estopinim, que chocou a opinião pública e gerou demonstração de solidariedade do círculo da vítima, especialmente a partir do vínculo familiar, a que se somaram moradores da região e personalidades políticas e artísticas em protesto contra violência e insegurança e outros grupos de vítimas, que protestavam contra a violência interpessoal de gênero – um caso paradigmático da época que já havia mobilizado um movimento que se juntou a esse foi o caso Mônica⁹ –, e também outro grupo que levava a questão da violência institucional. As ações eram mediadas por símbolos religiosos, pátrios e políticos e iam desde pedir mudanças legislativas, como a pena de morte e maior tempo de prisão para homicídio, a participação e providência da autoridade política federal na figura do Presidente da República, justiça mais rápida e aparelhamento da polícia e conscientização, organização e memória das vítimas de violência institucional (como na matéria “Ipanema pede, em passeata, o fim da violência”).

Ipanema pede, em passeata, o fim da violência

ipanema parou, ontem de manhã, durante duas horas, para protestar contra a violência e pedir segurança. Uma passeata de três mil pessoas percorreu as principais ruas do bairro, enquanto algumas lojas fechavam as portas e moradores aplaudiam das janelas. A manifestação terminou em frente ao Edifício Casa das Árvores, onde morava a universitária Denise Garçon Benoliel, de 21 anos, sequestrada e assassinada há 17 dias. A família de Denise desceu a calçada para receber os manifestantes e seu pai, Samuel Benoliel, fez um emocionado discurso pedindo a Deus que "ajude a manter essa chama acesa para que se possa voltar a morar em Ipanema como há 30 anos atrás".

como "30 anos atrás".
Os organizadores das manifestações
de São Paulo, a Associação de Estudantes
Cândido Mendes — abriam a passeata
com uma faixa toda branca, simbolizando a paz social, mas não con-
seguiram impedir que muitos
participantes se manifestassem a fa-
vor da violência policial.
 Houve momentos em que os organi-
zadores puxaram palavras de ordem
contra a violência e entoaram a Oração
de São Francisco de Assis para
abafar os gritos pedindo a perdo-
nação de crimes de violência política
e domo-casas de Ipanema, a passeata
foi integrada por parentes de
vítimas de sequestros e assassinatos,
que pediam a punição dos crimino-

A concentração começou por volta das 10h, na Rua Joana Angélica, em frente à Faculdade Cândido Mendes. Com os organizadores vestidos de branco à frente, a passeata saiu às 11h20m pela Rua Visconde de Pirajá, interrompendo o trânsito, que foi desviado para as ruas transversais nos PMs.

As faixas e cartazes mostravam as reivindicações de cada grupo. Os estudantes da Cândido Mendes apelavam ao Presidente da República: "Sarney, tome providências", "Não aguentamos tanta violência". As associações de moradores de Botafogo e do Leão, o grupo SOS Mulher e o

O pai de Mônica Granuzzo — que

O palestreante brasileiro — que morreu há um ano —, Nilson Lopes Pereira, seguiu à frente da passeata, integrada também pela Deputada Lúcia Arruda (PT); o Presidente da Famer, Francisco Alencar; o Senador Nilson Carneiro (PMDB); o ex-Senador Aarão Steimbruch; o poeta Afonso Romano de Sant'anna; a atriz Norma Benguel; o professor Cândido Mendes; o Presidente da Associação Comercial e Industrial da Zona Sul, Araken Santos Lima; e representantes

Um grupo de mães da Zona Sul tentava conseguir a adesão de outras mães a um abaixo-assinado que reclamáva do "clima de guerra fria em que vivemos" e pedia ao Presidente Sarney a "utilização imediata das Forças Armadas, em caráter excepcional e temporário, no policiamento



Às fim da noitada, na Rua Prudente de Moraes, as irmãs de Denise choram, abraçadas aos colegas de universidade.

morte, alegando que, "entre os que forem condenados, haverá sempre inocentes".

A opinião do Sr. Denise era compartilhada pelo Sr. Denise, Jon Benoit, que representava a família na defesa. Ele alegou desconhecimento do Código Penal para que assassinios "nem saiam da cadeia depois de 15 anos, após cometerem crimes bárbaros". Jon Benoit explicou que a família de Denise espera que sua morte eleva o nível de consciência contra a violência e a conscientização de toda a sociedade".

As 12h30m, a passeata chegou à Praça General Osório e o trânsito foi liberado pelos policiais militares. Os tantes e parentes se reuniram no centro da praça, onde a estudante Cláudia Pereira, da Cândido Mendes, conseguiu a ver do alto de um banco, mais uma vez, a carta à população. Em seguida, José Mendonça pediu um minuto de silêncio em memória de Denise Benediti.

A Deputada Lúcia Arruda subiu então no banco para anunciar que antontem foi criada a Assembleia

— Se não agradeço a vocês todos porque esse é um dever de todos. Sou uma maioria de homens honestos, que cumpriremos com nossa tarefa e vamos nos retirar daqui. Não estou tentando de fazer cultura. Esse primeiro movimento não pode parar. Peço a Deus que nos ajude a manter essa chama acesa, para podermos voltar a morar em Ipanema como hoje.

— A escola pública é da população. Se a gente divergir sobre isso, não vamos avançar nada. Vamos nos

Acesse o link para visualizar a imagem ampliada



Fonte: O Globo, 24 de junho de 1986.

9. Para um resumo do caso, ver: [<http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/reportagens/o-caso-mocircnica-9001059>].

Havia também manifestações contra excessos nas intervenções policiais, que buscam se legitimar como aplicação da lei contra bandidos infames, mas que resultam em ferimentos e traumas a moradores que reclamam de sua desproporcionalidade, gerando danos entendidos como “colaterais”, ou ainda implicam em invasão de casas; um protesto contra a violência policial que congregava associações de moradores de favelas com apoio de outras entidades e que gerava especial revolta e comoção por atingirem crianças, em que é dada voz a um representante que questiona a intervenção policial por seus efeitos que transbordam a perseguição criminal; também é tentado tomar depoimento de pai de uma criança atingida, que sob forte comoção pede que sejam tomadas providências contra quem errou. Por fim, é dada a palavra à autoridade político-administrativa que procura legitimar a ação, ainda que lamentado e prometendo possíveis providências de excessos, caracterizando as favelas como “santuários de traficantes” e afirmando categoricamente que aquele era um cumprimento da lei e que a ação da polícia não poderia ser paralisada (como na matéria “Mangueira protesta contra violência mas não fecha rua”).



Em frente à quadra da escola de samba, moradores exibem suas faixas

Mangueira protesta contra violência mas não fecha rua

Em protesto contra a violência da Polícia Civil no cerco ao traficante Paulo Roberto Cruz, o Beato Salu, na última sexta-feira — quando quatro menores foram baleados, um deles o menino Ailton de Assunção, de 10 anos, atingido por um tiro na boca —, cerca de 200 moradores dos Morros da Mangueira, Candelária e Telêgrafo reuniram-se no fim da tarde de ontem em frente à quadra da Estação Primeira de Mangueira. A manifestação foi promovida pelas associações de moradores dos três morros e também pela Federação de Associações de Favelas do Estado do Rio de Janeiro (Fafel), com o apoio da Famerj, da CUT e de outras entidades. Os favelados pretendiam fechar no sentido Centro—São Cristóvão o trânsito da Rua Visconde de Niterói, onde fica a quadra da escola de samba, mas soldados do 4º BPM (Leopoldina) bloquearam a pista a partir do começo da tarde e desviaram o trânsito, na altura do 21º Grupo de Artilharia de Campanha do Exército, evitando o engarrafamento.

O Presidente da Fafel, Nabil do Ferreira de Souza, manifestou a esperança de que a manifestação tenha sido “a primeira de uma série contra a crescente violência policial no Rio”.

— A Polícia tem de compreender que, para prender os criminosos, não precisa atirar em todo mundo.

O pai de Ailton de Assunção, Adilson Jorge Alexandre, que mora há 48

anos no Morro de Mangueira, foi chamado ao microfone mas não pôde falar: com lágrimas nos olhos, disse depois, aos repórteres, que “quem errou tem de pagar”. Ele estava muito emocionado porque o filho, ainda internado no Hospital do Andaraí, não pode falar: só conseguiu se comunicar com ele por meio de gestos.

Segundo o Secretário de Polícia Civil, Marcos Heusi, não houve arbitrariedades durante o cerco policial para a prisão do traficante Beato Salu no Morro da Mangueira, sexta-feira à noite, quando cinco pessoas — quatro das quais crianças — foram baleadas. Ele lamentou o que aconteceu aos menores mas ressaltou que apóia o comportamento dos policiais no episódio.

— Os morros, não só o da Mangueira, viraram santuários de marginais, e as crianças estão sendo utilizadas como escudo pelos traficantes. Foi lamentável que crianças tenham sido feridas, mas mais lamentável ainda é o fato de elas estarem sendo usadas pelos marginais. No cerco ao Morro da Mangueira, os policiais agiram rigorosamente dentro da lei. Os policiais cercados pelos traficantes tinham de ser resgatados. É claro que vamos abrir sindicância para verificar se existiu excesso, mas houve uma tentativa de paralisação da ação da Polícia e tivemos que agir.

Fonte: O Globo, 30 de junho de 1987.

Noutro sentido, são resgatadas experiências episódicas de situações limites de confronto, que parecem começar a marcar parte do entendimento sobre o cotidiano de algumas pessoas, especialmente aquelas de regiões mais desatendidas, elencando uma série de medidas de evitamento e autoproteção que são tomadas ou revelando traumas que geraram e que focavam menos nas medidas penais ou policiais e mais nas incertezas ontológicas que despertavam em relação ao presente, e em um certo pessimismo e adaptação forçados em relação ao futuro. Exemplo disso, é o caso de uma mulher que foi assaltada e cujo assalto rendeu uma perseguição policial com troca de tiros. O seu relato demonstra um abalo

existencial no sentido de que sua vida foi posta em risco, o que a fazia recear na sua vida cotidiana algumas ações simples – pelo menos logo após o ocorrido – como andar na rua durante a noite.

Nesse caso, não se reclamavam medidas penais e policiais drásticas, ao contrário, inclusive se posicionava com um tom de constatação de que esse tipo de medidas não soluciona o problema: “a pena de morte não resolve”; até porque medidas policiais drásticas nesse caso, de certa forma, ampliaram a sua sensação de insegurança.

Existe um redimensionamento dessas manifestações em extremos que focam numa forte individualização da vítima, nos traumas que o crime gerou e de depoimentos, que normalmente acompanham uma atuação do sistema penal e geram reclamos de medidas penais e policiais drásticas; expõem bandidos infames no sentido de resgatar falhas na atuação do sistema penal e reclamar a sua perseguição e o perigo de sua liberdade; e uma nascente contagem de mortos por determinadas regiões e períodos de tempo, que tomam uma proporção que perde a contextualização.

Paradigmáticos, nesse sentido, foram os casos de sequestros ocorridos entre o final da década de 1980 e início da década de 1990. A perda de uma certa imunidade que implicava o sequestro de pessoas que se tornavam vítimas improváveis fazia com que toda uma atenção especial fosse dada a esses casos – o caso paradigma foi o sequestro de Roberto Medina¹⁰. Agora paralelamente se constatava uma normalização numérica de índices de mortes, como notícias que informavam um número de mortos num determinado período de tempo e região. Uma situação que revelava como se imbricava de maneira problemática a informação do sistema penal, tal como funcionava tradicionalmente nos meios de comunicação, quando pensado sobre o prisma do lugar da vítima.

5. CAMPANHAS DE LEI E ORDEM

Inicialmente, há uma circunscrição em âmbito estadual com uma reação às tentativas de reforma policial por setores com ascendência e influência política, que reverberaram em episódios de saques e quebra-quebras ligados à crise econômica, e também pela crescente incidência do crime em geral e, em particular, crimes violentos contra vítimas usualmente mais protegidas. Isso gera uma comoção política com medidas como formação de comissão parlamentar de inquérito em que se defende medidas de proteção à vida e chegam a defender práticas análogas às cometidas semiclandestinamente de morte e desaparecimento – como defendido por deputados no Rio de Janeiro em 1983. Há uma exploração da pauta do crime pela imprensa marrom que alça candidatos com apelo popular nas eleições legislativas que tem como motes o estímulo à autodefesa, a louvação de medidas policiais e penais drásticas e o escrache público de suspeitos – nesse sentido, a eleição em 1986 do radialista Afanásio Jazadji para Assembleia Legislativa de São Paulo.

10. Para um resumo do caso, ver: [<http://memoria.oglobo.globo.com/jornalismo/reportagens/duas-semanas-em-cativeiro-8833235>].

Alguns casos específicos de crime violento acompanhados em seu procedimento geram comoção pública, principalmente, pela falta de um encaminhamento resolutivo e, de outro lado, aumentam as situações-limite de perseguição, troca de tiros e resultados trágicos. Isso leva a uma troca parcial de perspectiva dos atores ou ainda uma participação político-administrativa de novos atores com medidas policiais e penais mais duras relacionadas, sobretudo, à decretação, à manutenção e à definição de prisão, principalmente, no âmbito estadual, mas também de forma intermitente na esfera federal.

Ocorre uma emergência forte¹¹, intermitente entre os âmbitos estadual e federal, em que se passa a discutir e defender a pena de morte a partir de casos ressonantes, principalmente, por parte de alguns políticos profissionais; e também são estudadas medidas de intervenção ou decretação de estado de defesa que decorriam de um conflito entre atores políticos e político-administrativos federais e estaduais, com uma constante transferência e atribuição de responsabilidades normalmente motorizada por disputas ideológicas e eleitorais, sendo remetido para análise e negado como medidas. Um processo que engaja políticos profissionais, especialistas e faz referências à opinião pública.

Como aconteceu no Rio de Janeiro em 1990 na onda de sequestros, a sensação de uma incapacidade de atores e agências estaduais para lidar com um fenômeno particular do crime violento fez com que atores federais estudassem uma forma de intervenção. Essa forma de intervenção estava a cargo de ator político-administrativo federal e ia de um extremo discutível de decretar estado de defesa – com argumentos de desrespeito à autonomia estadual personificada pelo ator político estadual e de inconstitucionalidade personificada por um legislador renomado até a elaboração de uma maior organização e comunicação interfederativa e a necessidade de participação nas investigações da polícia federal – no sentido de desvendamento e desfazimento da rede criminal que tornava possível essa capacidade de ação incomum (como na matéria “Collor pode decretar estado de defesa no Rio”).

11. Cobertura dos quatro jornais de grande circulação entre junho e julho de 1990.

MENDES, Paulo. Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 200, ano 32, p. 241-272. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042396].



Ministério da Justiça sugere que Polícia Federal assuma o combate ao crime organizado

Collor pode decretar estado de defesa no Rio

BRASÍLIA — O Presidente Collor poderá decretar estado de defesa no Rio com base num relatório que lhe será entregue pelo Ministro da Justiça, Bernardo Cabral. O relatório — preparado pelo Secretário Executivo do Ministério da Justiça, Tércio Sampaio Farias — sugere que, a partir de hoje, a Polícia Federal assuma o controle do combate ao crime organizado no Rio, principalmente nos casos de sequestro.

— A decisão sobre a decretação do estado de defesa está agora nas mãos do Presidente. Ele conta do relatório elaborado por determinação do próprio Presidente e que sugere uma série de providências para que o Governo federal ponha fim à onda de sequestros — disse uma fonte do Governo.

Ulysses: medida é inconstitucional

BRASÍLIA — “Seria uma maluca, uma intervenção indireta, a menos que o Governador se declarasse impotente para agir, o que não é o caso”, afirmou o Presidente do PMDB, Deputado Ulysses Guimarães, reagindo à possibilidade de decretação do estado de defesa no Rio de Janeiro. Ulysses disse que a medida, se adotada, poderia ser questionada do ponto de vista constitucional.

O Deputado observou ainda que um dia depois que, necessariamente, teria que ser ouvido no âmbito de decretação do estado de defesa — o Conselho de Defesa Nacional — não tem o seu funcionamento regulamentado por lei complementar.

Ulysses Guimarães defendeu Moreira Franco, afirmando que, em sua opinião, o Governador do Rio não está mettendo esforços para combater o crime organizado.

— O que o Governo federal pode e deve fazer, porque a segurança é um dever do Estado, é colaborar com o Governo do Rio, na investigação das causas, até porque esses sequestros estão conectados com o tráfico de drogas e de armas, cujo combate é atribuição prioritária da Polícia Federal — disse.

A medida, no entanto, dependeria da aprovação dos conselhos de Defesa Nacional e da República, criados pela Constituição, mas ainda não regulamentados pelo Congresso. A este respeito, diz o Ministro da Justiça, Bernardo Cabral:

— O Congresso é sensível e, com certeza, não se preocuparia com filigranas. O importante não é o assessorio e, sim, o grande problema de segurança que o Rio enfrenta.

O ministro evitou ser muito incisivo sobre o estado de defesa.

— O estado de defesa faz parte do relatório e não é a única medida. O Governo federal não pode ficar só olhando. Temos que tomar algumas medidas, mas não devemos adotá-las sem consultar os governadores.

O Ministro confirmou que, entre as sugestões, está a criação de uma central de informações comandada pela Polícia Federal e interligada com as polícias estaduais. Cabral também entregou a Collor um relatório sobre os contatos que teve com os Governadores do Rio, de São Paulo e de Minas para discutir o combate à violência. Ontem, o Deputado Ulysses Guimarães (PMDB) telefonou a Moreira Franco para lhe prestar solidariedade e ovito, do Governador, que o estado de defesa é desnecessário no Rio:

— Se esta medida for realmente adotada, se o estado de emergência for decretado no Rio de Janeiro, mobilizarei o Congresso para derrubar a proposta presidencial.



Ministro da Justiça, Bernardo Cabral

Decreto tem que passar por Conselhos e pelo Congresso

A Constituição estabelece que o Presidente da República só pode decretar o estado de defesa depois de ouvir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, que, por falta de uma legislação complementar, até hoje não foram regulamentados pelo Congresso Nacional. O estado de defesa deve ser aplicado em locais restritos e determinados, em que a ordem pública e a segurança estejam ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Depois de ouvir os Conselhos da República e da Defesa Nacional, o Presidente da República tem que submeter, em 24 horas, o decreto ao Congresso Nacional, que tem dez dias para aprovar, podendo rejeitá-lo ou não. A Constituição determina também que o decreto deve especificar o tempo de duração do estado de defesa, as áreas que serão abrangidas e as restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência, comunicação telefônica e telegráfica. O tempo de duração do estado de defesa não pode ser superior a 30 dias, mas é passível de prorrogação.

Acesse o link para visualizar a imagem ampliada



Fonte: O Globo, 10 de julho de 1990.

Os especialistas do saber legal eram a fonte privilegiada de consulta acerca do “que estava passando” e, principalmente, do “que fazer”, além de alguns atores selecionados do sistema penal com certa posição de ascendência. Três eram os posicionamentos padrões: uma reação minoritária de especialistas e alguns atores do sistema penal, alguns ligados ou inspirados pela reforma penal da década de 1980 com uma posição privilegiada em relação ao saber legal, que negavam a necessidade de uma mudança e afirmavam a suficiência dos instrumentos legais existentes – como o jurista e professor Miguel Reale como formador de opinião em coluna na *Folha de São Paulo*; uma posição também minoritária por outros atores-especialistas que pregavam outras medidas entendidas como de caráter inovador, como a necessidade de importação legal de soluções de países vistos como referência por horizonte cultural e por identificação de problema comum, como na crítica dos métodos tradicionais e da necessidade de novos métodos de investigação e atuação judicial como os praticados pelos Estados Unidos e a Itália – como a entrevista do advogado Nilo Batista no *Jornal do Brasil*; e uma posição majoritária que entendia como necessárias medidas legais mais duras capazes de dissuadir a proliferação do crime e a especial motivação delinquente, seja através de argumentos legais e princípios filosóficos por atores autorizados pelo saber

legal ou ambigualmente relacionados como jurista-político – como a do então professor e deputado Michel Temer, dada por editoriais de jornais como o *Globo* –, ou por “necessidade e experiência prática” no que se refere a alguns atores do sistema penal – como notícias que entrevistavam profissionais do sistema penal, por exemplo, a de um delegado, no *O Globo* (como na coluna Tendências/Debates da *Folha de São Paulo*).

TENDÊNCIAS/DEBATES

Os artigos publicados com esta rubrica não traduzem necessariamente a opinião do jornal. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate dos problemas brasileiros e mundiais e de refletir as diversas tendências do pensamento contemporâneo.

Punição incerta e seletiva

DALMO DE ABREU DALLARI



O que pode intimidar uma pessoa disposta a praticar um crime é a certeza da punição e não a gravidade da pena. A par disso, é importante reconhecer que uma sociedade que tolera e até estimula a prática de atos contra a dignidade da pessoa humana está favorecendo o aumento da criminalidade.

Há mais de 200 anos, em sua obra “Do Espírito das Leis”, escreveu Montesquieu: “Que se examine a causa dos relaxamentos: ver-se-á que eles se originam da impunidade dos crimes e não da moderação das penas”. E ele mesmo observa, argumentando com a experiência, que o aumento da severidade das penas pode ter algum efeito benéfico temporário, mas de curta duração.

A decisão de aumentar as penas para o crime de sequestro é expressão de uma atitude emocional, com certo conteúdo demagógico. O sequestro de uma pessoa é crime hediondo, geralmente praticado de modo covarde, não havendo qualquer argumento que possa atenuar a imoralidade essencial desse crime. Entretanto, considerando o conjunto das condições atuais da sociedade brasileira, pode-se concluir que é pouco provável a diminuição dos sequestros só pelo aumento das penas legalmente previstas. No último sequestro espetacular, ocorrido no Rio de Janeiro, foi evidenciada a participação, que na melhor das hipóteses pode ser classificada como dúbia, equivocada e incompetente, de policiais que deveriam agir contra os criminosos.

Isso deve chamar a atenção para um ponto: como se imagina que a polícia só vai agir contra a população pobre, não se considera importante dar um bom preparo, ético, psicológico e técnico, aos policiais. A atividade policial é um



A pergunta da Folha Você acha que penas mais severas podem reduzir os sequestros?

serviço público relevante, difícil, cheio de perigos e tentações. Uma boa polícia, bem preparada em todos os sentidos, pode exercer ação preventiva e desenvolver investigações mais capazes de proteger a população em geral do que o agravamento das penas.

Além disso, é sempre perigoso cair-se naquilo que Radbruch, eminente filósofo do direito, chamou de “terrorismo penal”, que pode estimular a violência do Estado e acabar vitimando inocentes. Analisando essa perspectiva, Luigi Ferrajoli, um dos mais eminentes juristas italianos da atualidade, faz as seguintes ponderações: se a idéia é ameaçar através da legislação penal, chega-se à conclusão trágica (a expressão é inspirada em Giuseppe Bettiol) de que se deveria prever a pena de morte para todos os crimes. Mas, além disso, acrescenta Ferrajoli, por esse caminho pode-se cair facilmente no vício de usar o terrorismo penal para proteger apenas certo tipo de pessoas ou de interesses (“Diritto e Ragione”, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989).

É preciso considerar, ainda, a questão fundamental do ambiente social. Uma sociedade que tolera, com indiferença, a existência de milhões de crianças sem família, sem casa, sem apoio moral ou afetivo, tendo que recorrer à mendicância ou ao furto para obter o alimento de cada dia, não tem por que surpreender-se com a insensibilidade dos sequestradores.

Para usar uma sugestiva expressão do grande penalista Romagnosi, se a intenção é impedir a prática do crime, deve-se procurar conter, antes de tudo, “o braço do homem interior tentado a delinquir”. É preciso desenvolver constantemente e com intensidade, pelas palavras e pelos exemplos, um trabalho de conscientização das pessoas, de educação para a convivência, para que todos se acostumem a respeitar a dignidade de todos os seres humanos. Esse é o caminho certo para a redução da criminalidade.

DALMO DE ABREU DALLARI, *z.f.*, advogado, é doutor e professor titular da Faculdade de Direito da USP. Foi presidente da Comissão Justiça e Paz (CJP).

Função educativa

MICHEL TEMER

SIM

A pena tem uma função educativa. A reeducação, porém, inicia-se pela imposição de um castigo. O mais grave é o da prisão. É a retirada do homem, ser gregário que é, do convívio social. Quanto maior a pena, ou seja, quanto maior o período de segregação do indivíduo, maior o castigo. É o fundamento dessa pena mais prolongada está no suposto de que é necessário prazo mais dilatado para a reeducação.

O que prevê o projeto recentemente aprovado na Câmara dos Deputados? Define o sequestro como crime hediondo ao lado do estupro, do latrocínio, do genocídio etc. E a consequência foi o agravamento das penas. Portanto, restrições maiores à liberdade daquele que delinuiu. Disciplinou-se dispositivo constitucional que criou a figura dos chamados crimes hediondos. Estabeleceu-se o aumento do prazo mínimo e máximo de reclusão; fixou-se a impossibilidade de o réu praticante do delito de sequestro recorrer em liberdade,

cumprirá a pena em regime fechado; permanecerá em prisão federal (que não será necessariamente em seu Estado); não se beneficiará de anistia, graça, indulto, fiança ou liberdade provisória. Impõe, portanto, severidade maior não só na pena, mas, também, no seu cumprimento.

É certo que, ao lado do rigor da pena, demandam-se outras providências. Muitas de natureza operacional. Para tanto, ao lado do projeto agravador de penalidades, foi aprovado projeto nosso que facilita os meios operacionais para o combate ao crime organizado. Fornece ele meios mais hábeis e rápidos para a polícia deslindar os casos de sequestro. Assim, por exemplo, a infiltração policial nas organizações criminosas, o acesso a documentos bancários e fiscais, a possibilidade de o co-autor do sequestro — denunciando seus comparsas — ver reduzida de um a dois terços a pena que lhe seria imposta. Também foi aprovado projeto do deputado Miro Teixeira que regulamenta a Constituição Federal no tocante à escuta, interrupção e interceptação telefônica. Ambos os projetos derivaram de longos estudos

empreendidos por comissão composta de juízes, promotores públicos, procuradores do Estado, advogados, delegados da polícia civil estadual e federal. Tudo com vistas a impedir a atuação das organizações criminosas especialmente nos casos de sequestro. O leitor pode imaginar o quanto tais meios operacionais podem facilitar o desbarate de quadrilhas e a solução de crimes.

Mas, o ponto central está no rigor das penas impostas e no seu cumprimento. De nada adiantaria o deslinde do crime se a pena para crimes considerados hediondos fosse branda. Bem por isso, pensamos que a severidade das penas ajuda sensivelmente na redução dos sequestros.

Afinal, a liberdade é um bem altamente prezável. Aquele que se marginaliza — especialmente os sequestradores — costuma ter ciência da dimensão penal do delito que pratica. Sendo severa, a tendência é reduzir o ímpeto criminoso.

MICHEL TEMER, 49, advogado, é professor de direito constitucional da PUC-SP e deputado federal pelo PMDB-SP. Foi procurador-geral do Estado e secretário da Segurança Pública do Estado de São Paulo (governo Moncorvo).

Maquiagem inefficiente

MIGUEL REALE JÚNIOR

NÃO

Até um ano atrás, pequena era a incidência de sequestros visando à obtenção de resgate. Quatro ou cinco casos por ano. Na maioria das vezes os sequestradores eram presos ou não conseguiam pôr a mão no dinheiro exigido.

As penas previstas pelo Código Penal não são breves: na forma simples, a extorsão mediante sequestro é apenada com seis a 15 anos de reclusão; na forma qualificada, que mais ocorre, e que se caracteriza pela vítima perdurar encarcerada por mais de 24 horas ou pelo crime ser cometido por bando ou quadrilha, a pena é de oito a 20 anos. Se houver lesão corporal grave, a pena é de 12 a 24 anos; se houver morte, de 20 a 30 anos.

Ao contrário do que alguns proclamam com simplismo e às vezes por ignorância, a Nova Parte Geral do Código Penal de 1984 não docifica a repressão penal, mormente com relação à criminalidade violenta.

O benefício do crime continuado, que considera como único os fatos iguais desde que cometidos em circunstâncias próximas de tempo e lugar, foi modificado com relação ao crime violento. Nesse caso, a pena pode ser aumentada até o triplo.

Quanto à aplicação da pena e a fixação do regime penitenciário de cumprimento de pena, a Nova Parte Geral estabelece um sistema que deno-

mino de "pena a la carte". Cabe ao juiz, de acordo com o castigo que entende justo, dosar a pena e a sua forma de execução. O Código não impõe sanção de forma fixa para não cometer o legislador injustiças. Dá, no entanto, amplo poder discricionário ao juiz, que, segundo o justo e necessário à retribuição e à prevenção, deve aplicar a pena e escolher o regime penitenciário.

Dessa forma, o que existe na legislação é suficiente para punir e prevenir. A justiça está na mão de quem cabe concretizá-la, ou seja, o juiz. É verdade que se espera que os magistrados quebrem o fetichismo da pena mínima.

Por que cresceu o número de sequestros? Quais as medidas a serem adotadas?

Primeiramente, é ilusão pensar que, majorando-se a pena mínima de 8 para 10 anos e modificando-se a pena máxima de 20 para 30 anos no sequestro qualificado haverá redução do número de delitos.

O criminoso, quando pratica o crime, não faz análise de custo-benefício, antes parte da convicção de que não será descoberto.

Ainda mais quando o fato é praticado por quadrilha ou pelo crime organizado. Não só o delinquente tem a certeza de não ser pilhado, como a ameaça distante da pena, maior ou menor, lhe é indiferente.

O que fazer, então?

O criminoso teme a eficiência da

repressão penal, a se obter graças à ação policial e aos instrumentos do processo penal, tais como a prisão temporária, já existente, e da prisão preventiva, que a meu ver é de ser decretada com menores exigências no caso de crimes violentos, além de outros mais processuais que facilitam a verificação da autoria e da materialidade.

A luta contra o crime organizado faz-se também pelo sequestro dos bens imóveis adquiridos com os proventos da infração, mesmo que estejam em nome de terceiros, medida já contemplada pelo art. 125 do Código de Processo Penal, e pela busca e apreensão de bens móveis. Na parte geral, cabe rever o critério para livramento condicional nos crimes violentos.

O aumento das penas, no entanto, não redundará em menor incidência dos sequestros com fim de resgate, hoje praticado pelo crime organizado.

Aprimoramento dos policiais, melhores condições de trabalho, e até melhor remuneração, a criação de banco de dados sobre crime violento e organizado, a informatização da apuração policial, a ação conjunta da polícia com o Ministério Público, são estas as medidas urgentes para se enfrentar o crime organizado. Tais providências são de maior relevância do que a mudança da quantidade das penas, o que será, tão só, maquiagem a questão.

MIGUEL REALE JÚNIOR, 46, advogado, é professor titular da Faculdade de Direito da USP e foi assessor especial da Presidência do Congresso constituinte.

Fonte: Folha de São Paulo, 30 de junho de 1990.

As referências à opinião pública eram feitas pelos meios de comunicação e por determinados atores políticos com acesso privilegiado e que encontravam uma oportunidade de exposição. Eram três as referências à opinião pública: uma que decorria principalmente dos atores políticos que alegavam conhecer e representar a opinião pública vista como uniforme e consolidada e que pressupunham um efetivo apoio às medidas de endurecimento penal, fruto da sua interação com os meios de comunicação. Outras duas pelos meios de comunicação que majoritariamente procuravam representar e ao mesmo tempo viam a necessidade de mobilizar a opinião pública num determinado sentido, que se referiam acerca da expressão de uma “indignação popular”, por um lado; e por outro lado, minoritariamente, se referiam à opinião pública como “algo a ser conhecido”, o que normalmente era feito através da cobertura do posicionamento do grupo de referência ou ainda por pesquisa de opinião pública em que se propunha uma gama de questões em que se destacava o oferecimento sem alternativas de um posicionamento binário com foco em medidas de endurecimento penal em relação ao controle do crime.

Essas emergências, embora tenham um efeito na operação do sistema penal relativamente contido, faziam parte de um enfoque de resolução de problema sob uma forma de intersecção sociopolítica com possíveis impactos na aplicação da lei. As condições desse impacto se deram sob um momento em que se difundiu uma percepção de crise, em que determinados atores recorreram a uma resposta rápida, drástica ou simbólica que fosse encarada como uma demonstração de força, de modo a aplacar um fenômeno particular de crime violento que foi representado enquanto confrontando a própria capacidade de produção de ordem pelas instituições de justiça criminal, situação que normalmente era disparada pela personificação da desproteção de uma vítima usualmente mais protegida e de um criminoso como portador de uma motivação delinquente e capacidade de ação fora da considerada comum (também sobre o marco simbólico, ver TEIXEIRA, 2006, p. 101).

Ainda que episódica, era uma emergência que começava a ganhar institucionalização, excluindo do acesso das formas previamente instituídas de flexibilização da segregação algumas pessoas que cometem delitos e criando mandamentos indiscriminados de sentenciamento obrigatório com repercussões penitenciárias que contrastavam com o programa correccionalista limitado (TEIXEIRA, 2006, p. 93-94); e que no auge desse processo aprovou a Lei de Crimes Hediondos, em 25 de julho de 1990. Uma iniciativa tomada com um sentido de urgência que agregou o conjunto de políticos profissionais e que passou por uma votação simbólica, com alguns protestos esparsos de desconhecimento do conteúdo, da necessidade de uma discussão mais aprofundada e o receio de exposição pelo sentido de emergência que a cercava (para uma descrição detalhada do processo legislativo, ver PAIVA, 2009, p. 113-131; TEIXEIRA, 2006, p. 98-100), sendo apresentada como representativa de “clamor da sociedade em uníssono”.

A Lei de Crimes Hediondos¹² foi um pacote que estabeleceu um conjunto de medidas de endurecimento processual, penal e penitenciário para um determinado rol de delitos que “passaram a ser considerados hediondos” (como a extorsão mediante sequestro), tendo suas penas aumentadas; e outros que foram “equiparados em seus efeitos”, entre eles o

12. Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.

tráfico de drogas, passando a prever: proibição da fiança e liberdade provisória; aumento de pena da quadrilha ou bando se cometidos nessa modalidade; cumprimento de suas respectivas penas integralmente em regime fechado; aumento do tempo mínimo necessário para obtenção do livramento condicional e proibição da sua concessão em caso de reincidência nesses crimes; reforço e extensão da proibição de concessão da anistia, graça e indulto. Estabeleceu ainda a dobra de todos os prazos processuais para tráfico de drogas e associação, entre eles o tempo de comunicação policial da prisão em flagrante, e o aumento do tempo até o julgamento. E conferiu à união, a tarefa de criar estabelecimentos penais de segurança máxima “destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade”.

Foi uma iniciativa penal que por sua intersecção sociopolítica entre determinados políticos profissionais, grupo de referência, posição majoritária de especialistas e ao que se referia como opinião pública, parecia gozar de uma “sobrelegitimação” – neutralização dos interesses sociais em sua avaliação – e ter um caráter de “auto-referência”, como uma bandeira no sentido do reforço da repressão penal a que os grupos ambicionam a que sua demanda seja contemplada (PAIVA, 2009, p. 132).

Acredito que isso possa ser explicado pelo contexto de emergência e forma de intersecção sociopolítica que tem como significação um código político e cultural para obter consenso frente a uma projeção de ruptura da ordem social, que carregava toda uma imagética da representação do crime e do criminoso – potencialmente também carregadas das conotações raciais e de referenciamento no espaço social e urbano –, que não necessariamente fazia parte da experiência comum do público, mas que permitia acessá-lo e possibilitava aderi-lo, estabelecendo um canal de comunicação e para expressão e compartilhamento de afetos ligados a uma noção forte de castigo, resultando numa iniciativa legal que representava a condensação em resposta penal da experiência traumática da vítima, que encarnava ao mesmo tempo seu sofrimento, a consideração do crime como de especial gravidade e a caracterização do ofensor como particularmente anormal (também sobre a intersecção entre urgência e código e as representações sociais indiferenciadas de uma figura monstruosa do criminoso, ver TEIXEIRA, 2006, p. 100, 109-110).

Foi um momento de tensão, em que havia a descrição de uma escalada que remetia e recorria a toda uma imagética que relacionava uma determinada configuração do urbano com o crime e uma nascente contagem de mortos mais ou menos contextualizada, que indicava uma incapacidade relativa das instituições de justiça criminal entre o dentro e fora do sistema penal, ou seja, uma sensação de deriva e falência da capacidade de resolução de problema do crime violento (como nas chamadas de matérias “Collor quer evitar que Rio vire Chicago” e “Moreira: ‘Brasil não pode virar Colômbia’”).

Figura 9

Collor quer evitar que Rio vire Chicago

Moreira: ‘Brasil não pode virar Colômbia’

Fonte: O Globo, 6 e 7 de julho de 1990.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num balanço¹³, então, contemporâneo observava-se como “as grandes metrópoles brasileiras” assistiam a “uma mudança significativa de sua criminalidade” e que pesquisas e análises de cientistas sociais “não desautorizam as percepções coletivas de aumento inusitado da criminalidade urbana” na década de 1980. A pressão que decorre disso teria promovido “investimentos na área de segurança pública”, como “aumento de contingente policial” e “expansão de equipamentos”, que potencialmente levou a “uma diminuição dos crimes contra o patrimônio”, o que não se observou “relativamente aos crimes contra a pessoa”, o que gera uma suspeita “de maior proteção dispensada à propriedade do que à vida” e “suscita como problema o próprio significado da Justiça numa ordem social democrática”. A relação entre “políticas públicas penais e o modelo democrático de exercício de poder” constitui um desafio em que a questão fundamental “reside em fazer prosperar uma política de respeito aos direitos mínimos do cidadão condenado e encarcerado sem abdicar das funções repressivas dos aparelhos de controle da ordem pública e sem abrir mão do papel desses aparelhos na preservação da segurança dos cidadãos”. Nesse sentido se encontra o “nexo entre políticas públicas de segurança e justiça e a institucionalização da democracia, enquanto estratégia de contenção dos abusos de poder”, o que requer “problematizar a organização e a racionalidade subjacente ao aparelho judiciário”, redefinindo o seu “lugar como mediador da conflitualidade”, o que passa pela “simplificação dos procedimentos burocráticos” e uma “diminuição das distâncias entre as classes populares e o aparelho judiciário” que impõe “remoção de obstáculos”, como custos, desconhecimento de efetivos direitos, hesitação por desconfiança ou resignação de acesso à justiça.

Nesse percurso acerca da justiça criminal foi possível identificar quatro características estruturantes.

A informalidade representa a pressuposição de uma convivência entre o possível e o idílico pautada em códigos informais que podem ser vislumbrados por circuitos de forma objetiva através da moradia e mobilidade e subjetiva, através dos níveis e formas de alerta, ao mesmo tempo, pelos conflitos altamente disruptivos e mais ou menos assimétricos que parecem fugir da administração judicial e se relacionar com uma justiça por meios extrajudiciais, tal como emergem em episódios de justiçaamento, linchamento e chacina.

A formalização trata das iniciativas legais que baseiam a percepção da administração da justiça criminal através de uma linguagem – como a de direitos; *ethos* – como da moderação e burocracia – profissionalismo especializado – e que cria uma plataforma de reformismo penal e penitenciário – a defesa de uma pauta por um grupo que procura se institucionalizar propondo e participando de mudanças no sistema penal.

As manifestações em torno à figura da vítima mostram como emergiram de diferentes formas na agenda pública essa figura e como seus lugares de fala representam conflitos

13. Balanço feito em artigo *Violência urbana, justiça criminal e organização social do crime* (1991) de Sérgio Adorno, baseado na pesquisa *Violência urbana e justiça criminal* (1989), com relatório parcial de pesquisa em São Paulo pelo Cedec – Centro de Estudos em Cultura Contemporânea.

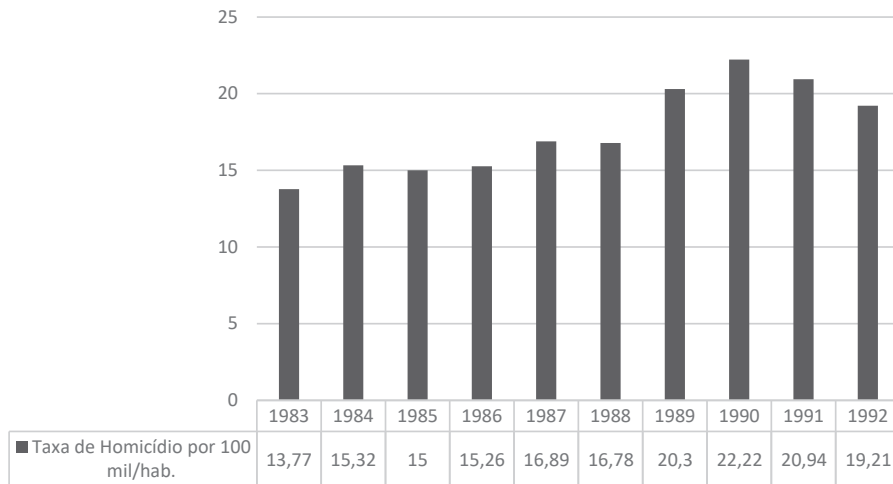
sociais e estruturas do sistema penal: como uma forma de legitimação de medidas policiais e penais drásticas, protesto contra a violência interpessoal, protesto contra a violência institucional, em atitudes de autoproteção e evitamento e amalgamadas numa narrativa sócio-histórica que produziu um *nonsense* numérico acerca da produção de informações sobre o sistema penal.

A incapacidade relativa mostra como se tenta suplantar uma falta de capacidade da administração da justiça criminal enquanto enfoque de resolução de problema do crime violento através de campanhas de lei e ordem numa intersecção sociopolítica entre políticos profissionais, especialistas e opinião pública e como eles produzem códigos políticos e culturais e uma imagética que relaciona o urbano com o crime.

O artigo resgatou discursos e práticas acerca da justiça criminal. Esse resgate foi capaz de agrupar fenômenos que possuem um paralelismo importante, procurando entender a justiça criminal no contexto mais amplo do sistema penal e da sociedade. Nos debates normativos, normalmente, o reformismo penal e penitenciário se encontra no centro da discussão; aqui foi resgatado de maneira analítica e descritiva como forma de entender o processo de formalização entre a criação, implementação e avaliação da lei penal. As campanhas de lei e ordem foram analisadas como indicadores de uma incapacidade relativa que, embora possam e frequentemente engajem atores do judiciário, têm como protagonistas políticos profissionais, especialistas e opinião pública. O debate formal – em sentido amplo – por tradição não toma como substancialmente constitutivos elementos de informalidade, que como relatado é parte integrante para entender “o que está passando”; e por outro lado, as manifestações em torno à figura da vítima foram resgatadas a partir da miríade de fenômenos com que pode se relacionar esse lugar-sujeito. Acredito que isso foi possível ao encarar a administração da justiça criminal como forma de resolução de problema do crime violento.

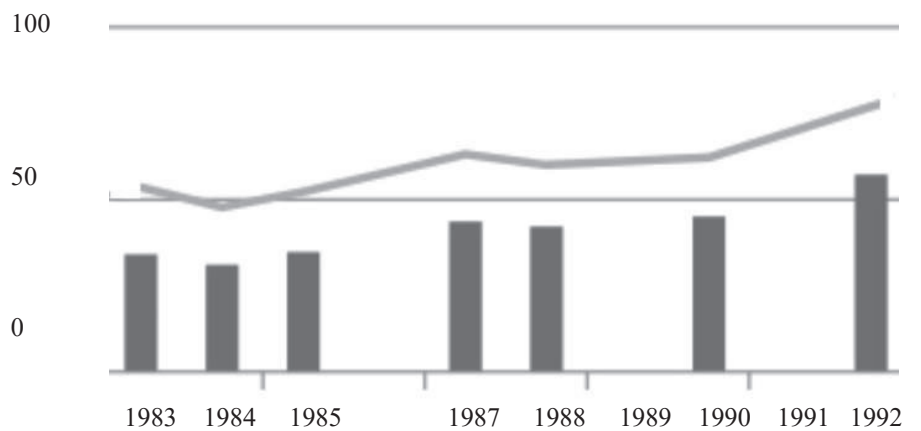
7. ANEXO

Gráfico 1. Taxa de homicídios no Brasil, por 100.000 mil habitantes, 1983-1992



Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

Gráfico 2. Taxa de presos no Brasil, por 100.000 mil habitantes, 1983-1992



Nº de presos 46.000 75.000 88.041 84.000 90.000 100.000 114.300.

Fonte: Gráfico em Fonseca, D. (2018). "Expansion, standardization and densification of the criminal justice apparatus". *Punishment & society*, v. 20 (3), p. 332 e número de presos em fontes oficiais e em jornais.

8. REFERÊNCIAS

- ADORNO, S. “Violência urbana, justiça criminal e organização social do crime”. *Revista crítica de ciências sociais*, Coimbra: Universidade de Coimbra, n. 33, out. 1991.
- BECKETT, K. *Making crime pay: law and order in contemporary american politics*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.
- BRETAS, M. *A guerra das ruas: povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1997.
- CAPPI, R. “A ‘teorização fundamentada nos dados’: um método possível na pesquisa empírica em Direito”. Machado, M (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- GARLAND, D. “Penal excess and surplus meaning: public torture lynchings in twentieth-century America”. *Law and society review*, Amherst: University of Massachusetts, v. 39, n. 4, p.793-834. 2005.
- GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GLASER, B. G.; STRAUSS, A. L. *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*. Nova Iorque: Aldine Pub. Co, 1967.
- HUGGINS, M (Org.). *Vigilantism and the state in modern Latin America: essays on extralegal violence*. Nova Iorque: Praeger Publishers, 1991.
- PAIVA, L. *A fábrica de penas: racionalidade legislativa e a lei de crimes hediondos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- PAIVA, L. *Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal (1984-1990)*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.
- SINHORETTO, J. *Justiçadores e sua justiça: linchamentos, costume e conflito*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2001.
- SOZZO, M. “Transición a la democracia, política y castigo legal en Argentina”. In: Machado, Bruno Amaral (Coord.): *Justiça criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.195-238.
- TEIXEIRA, A. *Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça de transição no Brasil a transição política, a reforma das instituições e o desenvolvimento da democracia, de Fabrício Castagna Lunardi – *RT* 924/153-187;
- Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento, de Ricardo C. de Carvalho Rodrigues – *RBCCrim* 129/349-373;
- Justiça de transição: Breve abordagem acerca do sétimo princípio de Chicago e a democracia brasileira no que diz respeito ao exercício das atribuições dos órgãos policiais, de Eujecio Coutrim Lima Filho – *RT* 1012/85-100;
- O processo de justiça transicional na administração Pública Brasileira, de Ricardo Mauricio Freire Soares e Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos – *RDAI* 2/111-162;
- O regime militar e a justiça de transição no Brasil. Para onde caminhar?, de Marcos Zilli – *RBCCrim* 93/61-102; e
- Reflexões e comparações sobre a justiça de transição no Brasil e na Argentina, de Rosa Costa Cantal – *RDCI* 120/357-379.

UMA NOVA PERSPECTIVA DE OLHAR O ENCARCERAMENTO: GDUCC, NOVA ROTA E A CRIMINOLOGIA DOS CONDENADOS

A FRESH PERSPECTIVE ON INCARCERATION: GDUCC, NEW ROUTE AND CONVICT CRIMINOLOGY

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidade de São Paulo (USP). Ex-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro do Conselho de Direção da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP. Autor de diversas obras, entre elas, *Criminologia*, 11. ed. Thomson Reuters-Revista dos Tribunais. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1529279259637832]. Orcid: [0000-0001-5533-6343]. ssshecaira@usp.br

LALESKA WALDER

Doutoranda em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenadora-adjunta do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC), no modelo Socioeducação. Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-1646-868X]. laleskawalder@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042441].

Autores convidados

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar ao leitor três projetos voltados à temática do cárcere e todos seus efeitos: "Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere e Comunidade" (GDUCC), "Nova Rota" e "Criminologia dos Condenados" (*Convict Criminology*), sendo os dois primeiros pertencentes ao Departamento de Direito Penal Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de

ABSTRACT: This article aims to present the reader with three projects focused on the theme of prison and its effects: "University Prison Community Dialogue Group" (GDUCC), "New Route" and "Convict Criminology", the first two related to the Department of Criminal Law, Criminology and Forensic Medicine at the Faculty of Law of the University of São Paulo (USP) and the last one originated of the University of Westminster,

São Paulo (USP) e o último, à Universidade de Westminster, localizada em Londres, mas divulgado no Brasil pelos trabalhos dos Professores ingleses Sacha Darke e Andreas Aresti. Através da descrição da estrutura e dinâmica dos projetos – desde o momento de sua criação até os tempos atuais – será possível traçar pontos de proximidade entre estes, a fim de demonstrar que, não obstante os diferentes países, os problemas carcerários, seus reflexos e a busca por soluções ou remediações podem ser similares. Por fim, ao caracterizar os objetivos e estratégias dos grupos, será demonstrada a importância dos contatos e trocas internacionais entre estes, tendo em vista que seus fundadores e integrantes são atores sociais que, através da prática do diálogo e valorização da educação, vão contra a violação dos direitos dos encarcerados e egressos do sistema penitenciário, bem como buscam resgatar suas humanidades.

PALAVRAS-CHAVE: Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere e Comunidade – Nova Rota – Criminologia dos Condenados – GDUCC Socioeducação – Diálogo.

located in London, but disseminated in Brazil by the works of the english Professors Sacha Darke and Andreas Aresti. Through the description of the structure and dynamics of the projects – from the moment of its creation to the present time – it will be possible to draw points of proximity between them, in order to demonstrate that, despite the different countries, the problems related to imprisonment, their reflexes and the search for solutions may be similar. Finally, by characterizing the objectives and strategies of the groups, the article intend to demonstrate the importance of international contacts and exchanges between projects, considering that their founders and members are social actors who, through the practice of dialogue and appreciation of education, go against the violation of the rights of the convicteds, as well seek to rescue their humanities.

KEYWORDS: University Prison Community Dialogue Group – New Route – Convict Criminology – GDUCC Socioeducation – Dialogue.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é o GDUCC?. 3. O que o GDUCC faz e o que se propõe a fazer: a evolução do projeto ao longo dos anos. 4. Uma nova perspectiva: a criação do GDUCC Socioeducação. 5. O Projeto Nova Rota. 6. A Criminologia dos Condenados e as duas extensões da USP. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apresentar as duas extensões da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)¹, ancoradas no Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, sob a coordenação do Professor Doutor Sérgio Salomão Shecaira em conjunto à Professora Doutora Jéssica Sponchiado.

A primeira extensão diz respeito ao *Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade* (GDUCC), cuja história será abordada a partir de seus fundadores, seu nascedouro e as bases teóricas criminológicas nas quais o projeto se edificou para se tornar o que é hoje; depois, far-se-á uma análise do *Projeto Nova Rota*, criado fora da Universidade de São Paulo

1. O presente artigo foi escrito em colaboração com Izabella Araujo Bezerra da Silva, mestranda em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense pela Universidade de São Paulo (USP) e coordenadora-adjunta do Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC).

(USP), e posteriormente integrado ao ambiente universitário para transformar-se em uma extensão do próprio Departamento mencionado.

Para tal, será descrita brevemente a história de fundação das duas extensões – GDUCC e Nova Rota –, delimitando-se como os grupos se estruturam atualmente e quem são os personagens fundamentais para a sua existência enquanto atividade de cultura e extensão vinculada à Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FDUSP). A criação de um novo segmento, o *GDUCC – Socioeducação*, será apresentada em um capítulo próprio, narrando a experiência de seu projeto-piloto e bases teóricas calcadas nos moldes socioeducativos. Essa nova ramificação demonstra o efetivo crescimento do intento do GDUCC, que agora terá edições e propósitos distintos nos anos porvires.

Assim, a partir de uma análise da história dos grupos, pretende-se enunciar a metodologia usada pelos coordenadores-adjuntos na condução dos encontros práticos e teóricos. No último capítulo, propõe-se o estudo do conceito da *Criminologia dos Condenados* (*Convict Criminology*), que se insere no contexto da criminologia crítica e advém de uma construção coletiva solidificada pela Universidade de Westminster, localizada em Londres.

Finalmente, rememora-se brevemente a produção acadêmica advinda dos quase vinte anos de existência do GDUCC, bem como a tradução recente do Nova Rota e GDUCC – Socioeducação, com o objetivo de, por fim, expor acerca da importância da internacionalização dos projetos que versem sobre o diálogo com o cárcere, culminando no desenvolvimento da relação entre o GDUCC, Nova Rota e o *Convict Criminology*, da Universidade de Westminster.

2. O QUE É O GDUCC?

No ano de 2006, com o propósito de ampliar o debate acerca da Criminologia dentro do ambiente universitário, foi criado o GDUCC – sigla para Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere e Comunidade, originado na Universidade de São Paulo (USP). Desde o seu nascimento, o GDUCC demonstrou nutrir uma natureza interdisciplinar e multifacetada: a iniciativa foi idealizada em conjunto pelo psicólogo Alvin August de Sá, docente do Instituto de Psicologia, e o jurista Sérgio Salomão Shecaira, professor da Faculdade de Direito. Fruto dessa ponte que consagra o diálogo entre diferentes áreas, o grupo foi construído com o objetivo de operar como uma atividade de extensão vinculada à Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FDUSP).

Alvin August de Sá relata que, apesar de o grupo ter crescido e se consolidado na FDUSP, sua origem remonta a um trabalho que ele liderou na Faculdade de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), por volta de 1999. Contudo, foi mediante a materialização do projeto na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP), que o GDUCC concentrou sua atenção ao tema da marginalização primária, e aos conflitos históricos que se estabeleceram e se desenvolveram a partir das relações entre as pessoas encarceradas e sociedade civil no geral².

2. SÁ et al., 2013, p. 26.

A configuração do grupo é fundamentada na promoção de um diálogo simétrico e horizontal entre os integrantes dos três setores que constituem a sigla: os acadêmicos (“Universidade”), as pessoas em liberdade (“Comunidade”) e as pessoas em situação de encarceramento (“Cárcere”). A configuração é constituída com base no entendimento primordial de que não existe qualquer forma de hierarquia entre seus membros, seja em termos de qualificação acadêmica ou em relação ao seu estado de privação de liberdade. Somado à horizontalidade, o GDUCC se pauta em ideais de autenticidade e espontaneidade do diálogo, de forma que o compartilhamento entre os integrantes do grupo ocorra da forma mais natural possível, sem a incidência de marcadores sociais.

A proposta de atuar como uma atividade de extensão universitária vem da ideia de imersão na temática prisional, contexto frequentemente ignorado na trajetória do aluno durante a faculdade (principalmente no que se refere ao Direito), o qual acaba apenas tendo contato com o processo de *prisionização* após a sua formação – aqui, ainda mais distante e “cego” à realidade do aprisionado³. A *prisionização*, como aborda Alvino Augusto de Sá, se faz por meio de um fator de transformação dentro do cárcere e agravado pela exclusão da sociedade. Logo, o intercâmbio academia-cárcere teria como um de seus escopos o de trabalhar com os efeitos desse processo na mente do preso⁴.

Segundo Braga, a entrada de membros da sociedade civil no ambiente prisional – enquanto Universidade ou Comunidade – impacta a dinâmica penitenciária:

“A presença de pessoas estranhas no ambiente prisional leva a um deslocamento espacial de funcionários e presos, e conferem uma destinação distinta aos espaços institucionais. Há uma ruptura (momentânea) do isolamento entre prisão e entorno social, o que pode atenuar (levemente) o processo de prisionização pelo qual passa o indivíduo.”⁵

Uma das inspirações do grupo encontra identidade com o pensamento criminológico abolicionista, que teve origem na década de 1960. Trata-se da Associação Sueca Nacional para a Reforma Penal (KRUM), originada na Suécia, organização que questionava a eficácia das políticas e práticas penais existentes na época, bem como trazia luz à condição desumana que os encarcerados suecos enfrentavam. A associação foi criada por intelectuais e pesquisadores do cárcere, e repercutiu em diversos outros países, expandindo suas atividades na Noruega⁶ (com o KROM), Dinamarca (com o KRIM) e Alemanha (com o Krak e o IBK).

3. “O cárcere não se resume a muros. A rotina que se leva dentro deles também é capaz de aprisionar o espírito mais livre. Dia após dia trancado numa realidade distante, na qual pouco se sabe o que acontece além do campo de visão, é fácil se acostumar com a ideia de que aquelas pessoas que estão a sua volta resumem o contingente humano do mundo” (Trecho retirado de um dos Relatórios Finais elaborados por alunos do GDUCC, da turma de 2010, escrito por Bruno Cesar de Azeredo Bissoli. In: BISSOLI, 2010 apud SÁ et. al., 2013, p. 245).

4. SÁ et. al., op. cit., p. 25-26.

5. BRAGA, 2013, p. 79.

6. A Noruega atualmente é tida como o parâmetro global no que tange ao sistema penitenciário. Além de ser o país que localiza a considerada “prisão mais humana do mundo” (Prisão de Halden), também

A KRUM foi estabelecida em 1966, após o advento do “Parlamento dos Ladrões” (em sueco, *Tjuvparlamentet*), onde foram reunidos ex-detentos, criminólogos, advogados, psiquiatras, assistentes sociais, sociólogos e outros profissionais para discutir as condições carcerárias, o tratamento dado aos presos e as reformas necessárias no sistema penal. O evento culminou em uma série de encontros realizados dentro do parlamento sueco, contando com a presença dos próprios presos, que encontravam espaço para discutir as condições do cárcere que vivenciavam, bem como debater questões atinentes ao sistema prisional no geral. Dos encontros, resultou a criação do KRUM, que atingiu seu ápice em 1974, com 1200 membros.

Em 1974, Thomas Mathiesen publicou sua obra clássica *The politics of abolition*, na qual ele fixa os objetivos principais da KROM, na Noruega:

“A longo prazo, mudar o pensamento geral em relação ao castigo e substituir o sistema carcerário por medidas mais modernas e adequadas (objetivo revolucionário). A curto prazo, derrubar todos os muros que não forem necessários: humanizar as distintas formas de detenção e aliviar o sofrimento que a sociedade impinge aos presos (objetivo reformista).”⁷

Ainda sobre seus pressupostos teóricos, um dos pilares do GDUCC é o da reintegração social, a qual teria um viés de mão-dupla: isto é, da mesma forma que a sociedade (Universidade e Comunidade) caminha até o cárcere, este também se volta ao encontro com a sociedade (Universidade e Comunidade). Tal premissa se baseia principalmente nos estudos de Alessandro Baratta a respeito da criminalização secundária, pautando-se que a reintegração – diferentemente do que se é entendido por ressocialização⁸ – requer a abertura de um processo de interações entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere⁹.

Dito isso, no contexto do GDUCC, a reintegração social através do diálogo seria uma maneira de tornar o “cárcere menos cárcere”:

“Tornar o cárcere menos cárcere é criar estratégias para que os internos ali presentes tenham condições de se manifestarem, dentro das limitações impostas (princípio de realidade), como pessoas, em sua individualidade, desejos, frustrações, angústias, aptidões, aspirações etc. Noutros termos, é criar estratégias para que os internos se sintam e se descubram pessoas participantes da rede de relações sociais.”¹⁰

demonstra taxas altas de reabilitação dos presos, sendo que a reincidência criminal na Noruega é de apenas 20% – a menor do mundo.

7. MATHIESEN, 1974, p. 46-48.

8. As ideologias “res” (ressocialização, reeducação) disseminam o entendimento de que o indivíduo encarcerado deve readequar-se valorativamente como condição de seu retorno à sociedade. Trata-se de um conceito repudiado na elaboração do GDUCC, que atende à ideia de reintegração social desenvolvida por Alessandro Baratta (1990, p. 67), por meio da qual tanto o preso, quanto a sociedade, possuem responsabilidade pela reaproximação após o encarceramento.

9. Ibid., p. 50.

10. Id.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; WALDER, Laleska. Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 273-292. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042441].

Vale dizer que a reaproximação por meio da reintegração é uma corresponsabilidade entre os envolvidos. De forma que, além da transformação no cárcere, o impacto transformador também alcance a sociedade civil. Por meio dos encontros semanais – denominados encontros de diálogos – pretende-se que todos os participantes ali sejam afetados, não somente os que possuem sua liberdade privada. Um exemplo disso, é a possibilidade de ações comunitárias por parte da Comunidade que, para além das atividades dentro do sistema prisional, pode promover a reintegração de pessoas que cumpriram pena e reduzir o estigma associado à prisão – como no exemplo do projeto Nova Rota, associado ao GDUCC.

O estreitamento da distância cárcere-sociedade reproduz o que Mariângela Graciano diz sobre “perspectiva de futuro”, de forma que o GDUCC também se integre aos mais distintos segmentos sociais: Psicologia, Direito, Assistência Social e Educação:

“O GDUCC, por exemplo, que tem seu foco de atuação na possibilidade de reintegração do preso, portanto, uma perspectiva de futuro, indica também ter a expectativa de alterar o cotidiano dos integrantes do grupo ao vislumbrar, como critério de seleção, a participação daquelas pessoas que não participam de nenhuma outra atividade, que não estão inseridas na organização da prisão, que ainda não compartilham da cultura interna, que não tenham passado pela educação informal amplamente ofertada no cárcere.”¹¹

Nesse sentido, o cofundador Sérgio Salomão Shecaira explicita que, para ser compreendido, o GDUCC deve ser visto como um meio de atingir a inclusão social. De forma que os indivíduos envolvidos sejam vistos respeitando-se as diferenças e buscando-se a reintegração social *apesar* da prisão, e não *pela* prisão. Assim, o objetivo precípua do grupo seria o respeito à pessoa do condenado, uma vez que o crime é fenômeno inerente ao viver social¹². Para isso, parte-se do pressuposto de que pessoas presas e não presas são parte de uma mesma sociedade e que, portanto, não há entre elas uma diferença ontológica, ou essencial¹³. Dito isso, o grupo se pauta na concepção basilar da horizontalidade em relação ao encarcerado, reconhecendo-o como igual, detentor de seus próprios saberes, de uma história de valores¹⁴.

Levando-se em consideração os estudos de Christian Débuyst a respeito do conceito de ator situado (*acteur situé*), o crime é um comportamento socialmente problemático que ocorre dentro e em função de um contexto complexo, do qual faz parte o tecido social. No entanto, esse comportamento socialmente problemático é consequência de uma forma problemática de inserção do indivíduo dentro da sociedade. O autor desse comportamento não é o único responsável por ele: toda a malha das interações sociais é corresponsável. Dessa forma, o indivíduo não é propriamente ator, mas ator situado, isto é, um ator interagindo com outros atores dentro de um contexto¹⁵, vez que se insere em um ambiente

11. GRACIANO, 2010, p. 166.

12. SHECAIRA, 2013, p. 13-16.

13. SÁ et al., op. cit., p. 17.

14. TOZI, 2016, p. 46.

15. SÁ et al., op. cit., p. 30.

em que todos os fatores (assim como ele próprio) são correspondentes pela conduta de ordem problemática¹⁶.

Por fim, o GDUCC pretende, essencialmente, provocar os membros da sociedade civil a pensar ativamente sobre o cárcere – retirando-o de uma perspectiva “ilhada”, distante do olhar da realidade social. Integrando a questão criminal como parte da preocupação coletiva e instigando “novas formas de pensar e agir”¹⁷, como enuncia Alvino Augusto de Sá. Essa motivação é própria da criminologia clínica de terceira geração (nomeada “criminologia clínica de inclusão social”), elaborada pelo autor em sua tese de livre-docência. Tal teoria baseia-se na compreensão de que o objetivo do direito criminal e da execução penal só será legítimo se direcionado pela inclusão social, sendo o diálogo o agente desse processo. Mais do que isso, deve-se buscar à escuta compreensiva¹⁸, que seria superar as concepções reducionistas acerca do crime.

Levando-se em consideração que o sistema carcerário é uma “caixa-preta”, torna-se complexa a tarefa de colher estatísticas ou entender a vivência da pessoa presa estando extramuros. O sistema é analisado diante de uma perspectiva antropocêntrica apenas no viés acadêmico, portanto, a solução levada por Mathiesen era dar voz a quem estava dentro *estando dentro*¹⁹. No contexto brasileiro, torna-se inviável ouvir quem está cumprindo uma sentença, haja vista que a pena privativa de liberdade impede o deslocamento do preso. Logo, seria possível apenas ouvir os egressos, os em regime aberto, semiaberto ou de liberdade condicional. Era necessário que a Universidade adentrasse ao cárcere, a fim de que se rompa as barreiras de socialização entre o institucionalizado e a sociedade livre – assim, surgiu a proposta emancipatória do GDUCC.

3. O QUE O GDUCC FAZ E O QUE SE PROPÕE A FAZER: A EVOLUÇÃO DO PROJETO AO LONGO DOS ANOS

Como atividade de expansão da Faculdade de Direito (FDUSP), o Grupo de Diálogo, Universidade Cárcere e Comunidade opera mediante o lançamento de editais semestrais, onde há a previsão, geralmente, de duas etapas de seleção: uma primeira, que confere a oportunidade de participação nos encontros teóricos preparatórios; e a segunda, que diz respeito à seleção dos encontros de diálogo no cárcere, momento em que os coordenadores-adjuntos realizam entrevistas e compõem de forma definitiva o grupo de alunos participantes da edição.

Dito isso, o GDUCC é composto por duas fases complementares: a teórica e a prática. A primeira é o momento de contato dos participantes com diversas bibliografias sobre o

16. PIRES; DIGNEFFE apud ALMEIDA; GASPARELLO, 2021, p. 260.

17. SÁ et al., op. cit., p. 17.

18. SHIMIZU; CALDERONI, 2011, p. 462-463.

19. Exemplo dessa proposta de intercâmbio cárcere-academia é o *Convict Criminology*, que será abordado adiante.

cárcere, a partir de um olhar criminológico da sua existência e reflexos sociais. É nesse momento que os integrantes se reúnem e traçam debates acerca das razões que levam à busca de um diálogo entre os três setores: Universidade, Cárcere e Comunidade.

Assim, por ser a primeira etapa, é de suma importância que determinadas reflexões sobre o aprisionamento sejam levantadas previamente à ida aos presídios, a partir da leitura de autores da área, para que haja o fortalecimento de um olhar crítico sobre as questões que possivelmente aparecerão ao adentrar na prisão, não obstante prevalecer a busca pela naturalidade no diálogo.

Já a etapa prática consiste na seleção de alguns dos alunos, normalmente os que mais participaram dos encontros teóricos, para o diálogo com os encarcerados. No primeiro dia, em geral, é feita uma visita em todo o estabelecimento prisional – designada visita técnica – para que os integrantes, que normalmente nunca entraram em uma prisão anteriormente, possam visualizar a lógica e a estrutura prisional.

Nos demais encontros, depois de ambientados, são realizadas dinâmicas com os participantes e o que se denota é um aumento das interações gradativamente durante as semanas. Dessa forma, para o GDUCC e sua razão de existir, é extremamente importante que os integrantes sejam os mesmos por toda a duração do semestre – isto é, que não ocorram alterações ou saídas de membros para que não se percam as construções de diálogos e laços estabelecidos. Evitando-se a todo custo, pois, a possível evasão de participantes.

Para cada edição do GDUCC, é constituído um grupo específico composto por aproximadamente quinze indivíduos em situação de privação de liberdade e quinze membros externos (abrangendo toda a comunidade) por unidade prisional. A composição de participantes também engloba os servidores da unidade, como psicólogos e assistentes sociais no caso do GDUCC modelo Socioeducação. As múltiplas oportunidades de interação social trazidas por cada um desses participantes, bem como pela combinação de suas presenças e pelo contexto em que operam, desempenham um papel fundamental na dinâmica que se desenvolve durante as reuniões do grupo.

As dinâmicas praticadas são previamente elaboradas com o objetivo de conseguir trazer uma descontração entre os integrantes e que estes consigam se soltar de qualquer amarra que os impeçam de se expressarem em grupo. Apesar do estabelecimento de uma atividade a cada semana, o diálogo realizado pelo GDUCC não é inflexível ou roteirizado. É normal e construtivo que durante a fala de um encarcerado, membro da comunidade ou acadêmico ocorra um distanciamento da proposta ou até mesmo a conexão com outros temas. Por muitas vezes, os membros se sentem motivados a trazerem suas contribuições depois de ouvirem uma história anterior, formando, portanto, um diálogo com as experiências pessoais de cada um.

Apesar das dinâmicas serem voltadas à alegria e desenvoltura dos participantes, comumente são verbalizadas histórias, situações e emoções que foram vivenciadas e que podem ser consideradas muito difíceis, até ao ponto de trazerem certo desconforto para quem está ouvindo. É muito comum o compartilhamento de histórias da época da infância, medos e traumas de dentro e fora do cárcere, perspectivas de futuro, relacionamentos e até certos detalhes dos crimes cometidos pelos encarcerados.

Provavelmente em razão da ausência de assistência social e psicológica de dentro dos presídios, realidade que já é bem conhecida, pôde-se perceber uma persistente fragilidade e vulnerabilidade com determinados temas. Todavia, o que é importante de ser preservado é o respeito e a escuta ativa entre os participantes, pois é por meio deles que se sustenta o diálogo e a construção de ideias entre pessoas de diferentes realidades.

Dessa forma, talvez o maior contributo do GDUCC para os participantes, principalmente os encarcerados, é permitir que suas vozes sejam consideradas relevantes a ponto de serem ouvidas. No momento em que o preso levanta a mão para falar, ele já não é só considerado um número de matrícula ou alguém que escolheu cometer um crime e, portanto, supostamente estar naquele ambiente. O que já se comprovou, a partir de relatos de ex-integrantes, é que no GDUCC atos como o de ouvir, falar, rir, chorar e refletir são valiosos, pois permitem que se sintam respeitados e vivos dentro de um sistema que a cada dia tenta provar que não o são.

Indubitavelmente, o ganho para os acadêmicos e membros da comunidade é o contato com a lógica prisional sem uma intermediação, normalmente punitivista, como por exemplo, pela mídia. Para aqueles que pesquisam ou somente se interessam sobre o cárcere, o “estar” é extremamente necessário, pois não há qualquer livro que transmita fielmente a realidade das prisões. Assim, ao conhecer o ambiente prisional, os participantes se desprendem de determinados ideais que lhe foram sutilmente internalizados durante a vida e passam verdadeiramente a reconhecerem os aprisionados como seres humanos.

Advogados que participam do GDUCC, por exemplo, na condição do pilar “comunidade”, conhecem a prisão sem mediações. Ao contrário destes, advogados privados que têm clientes no cárcere e não circulam pelos corredores do presídio, circunscrevem-se aos parlatórios, locais de atendimento em que encontram seus clientes e só seus clientes, normalmente com a mediação de um vidro, uma tela ou uma grade. Suas observações serão sempre limitadas e o processo mediado será sempre parcial. Não por outra razão, em muitos anos de existência, vários advogados participaram do grupo para compreenderem o cárcere em sua inteireza.

Alunos, principais elementos constitutivos do pilar “universidade”, por seu turno, terão um descortinamento da prisão em suas vidas. Uma janela para a prisão será aberta, deixando de lado a metafísica de muitas aulas dogmáticas e de suas teorias distantes da realidade – teorias preventiva geral, especial, dialética-unificadoras, gestadas em países europeus e eurocentrados e justificadoras do sistema punitivo – conhecendo a realidade perversa do mundo real, de prisões em que o ócio é a realidade e não o trabalho; que a ignorância é vivenciada pela absoluta maioria em oposição ao saber de uma infinitesimal minoria; que a superlotação revoga os artigos 85 e 88 da Lei de Execução Penal.

Por fim, vale rememorar que o GDUCC existe e resiste em funcionamento há quase duas décadas, tendo adentrado em inúmeras penitenciárias (agora, para além das prisões, também em unidades de internação da Fundação Casa) e afetado uma incontável quantidade de pessoas, de dentro e de fora dos muros das instituições. É através do trabalho árduo de uma equipe de coordenadores-adjuntos – atualmente formada por pesquisadores, psicólogos, pedagogos e advogados –, que desempenham suas funções de forma voluntária.

Sem a atuação efetiva dessa estrutura organizacional não seria possível construir o legado de memórias e construção coletiva do GDUCC.

4. UMA NOVA PERSPECTIVA: A CRIAÇÃO DO GDUCC SOCIOEDUCAÇÃO

A fim de se expandir o propósito de diálogo entre a Academia, o Cárcere e a Comunidade, criou-se em 2021 o GDUCC – Socioeducação, cujo objetivo visa, através da aproximação com adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação, restaurar seu senso de pertencimento social, possibilitando reflexões a respeito do lugar que ocupam dentro da sociedade. O processo de troca permite o compartilhamento de elaborações, ideias e aspectos de vida que são fundamentais durante o processo pedagógico de responsabilização das medidas socioeducativas e particulares da construção da identidade na adolescência.

Trata-se de uma expansão de grande relevância para o fortalecimento do GDUCC, uma vez que abrange o escopo de pessoas atingidas, além de lançar abertura a debates de igual importância, relativos à infância e adolescência e seu específico sistema de garantias. Sérgio Salomão Shecaira aborda a temática da adolescência e o conflito com a lei em seu livro “Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil”, ressaltando que “se a própria juventude é marginalizada, a consequência que advirá disso é a desumanização dessa mesma juventude”, o que se desencadearia em relações sociais cada vez mais violentas²⁰.

Sua base teórica se preconiza na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), referente à garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Tais documentos estabeleceram, pioneiramente, o sistema de proteção integral e específica, mediante o qual os jovens passam a ser vistos como indivíduos em processo de desenvolvimento, sendo suas necessidades prioritárias mesmo em cenário de conflito com a lei.

O modelo socioeducativo também almeja contribuir para a tonificação dos laços comunitários, conforme delineado pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase, e facilitar a emancipação dos adolescentes atingidos. Tal como ocorre com a ênfase dada ao diálogo no ECA, esse princípio também se erige como o alicerce fundamental do GDUCC para a promoção de mudanças sociais entre os jovens, fortalecendo nestes o seu sentido de pertença social.

O projeto piloto do GDUCC – Socioeducação ocorreu no segundo semestre de 2022, com a ida das coordenadoras-adjuntas à Fundação Casa Rio-Paraná, localizada no bairro do Brás na capital de São Paulo. O intuito do piloto foi permitir a aproximação da coordenação do projeto com os funcionários da unidade de internação, construindo-se relações institucionais com a direção, a fim de se realizar, no semestre seguinte, o lançamento do edital definitivo.

Em conformidade com o GDUCC em seu modelo adulto, realizaram-se um total de 8 (oito) encontros práticos semanais, com a duração aproximada de duas horas cada, dentro da unidade de internação eleita. A frequência semanal permite a construção de um

20. SHECAIRA, 2015, p. 112.

vínculo de confiança com os adolescentes, de forma que o diálogo se module espontaneamente com os membros do grupo, permitindo-se estabelecer uma relação horizontal entre os envolvidos.

Por se tratar de uma experiência piloto, contou-se apenas com a participação das coordenadoras do projeto, não ocorrendo a disponibilização de edital para alunos e membros da comunidade. A partir da vivência inicial também se almejou o próprio amadurecimento das coordenadoras que, em contato com os adolescentes, puderam aplicar e aprimorar as dinâmicas, promover conversas horizontais e compreender empiricamente o papel transformador do grupo. Essa busca pelo diálogo é o caminho para que a socioeducação se consolide em um nível mais próximo do ideal.

A seguir, no segundo semestre de 2023, fez-se a primeira experiência do GDUCC – Socioeducação nos mesmos moldes do GDUCC adulto. Na mesma unidade de recolhimento que a experiência piloto foi gestada, 4 (quatro) coordenadoras (duas advogadas, uma psicóloga e uma pedagoga) e 5 (cinco) alunos tiveram uma experiência aqui designada de plena. Encontros semanais em número de 8 (oito) foram realizados, com as adaptações necessárias à condição de adolescentes. Assim, por exemplo, ao invés de se ter um processo exclusivamente dialógico, perspectivas artísticas (desenhos, representações) foram métodos incorporados na abordagem permitindo que internos projetem suas existências a partir de processos de representação. Claro está que eventuais resistências a um puro diálogo tiveram que ser vencidas, permitindo aos adolescentes envolvidos uma forma distinta de manifestação de sua condição interior consubstanciada em um processo lúdico.

Com isso, entende-se que as pessoas em privação de liberdade em sentido lato podem se sentir vistas, ouvidas e acolhidas pela sociedade que um dia as rejeitou, além de proporcionar o reconhecimento de corresponsabilidade por parte da comunidade acadêmica, da qual também se espera uma disposição para se abrir à escuta e à compreensão de outras formas de leitura e de experiência da realidade.

5. O PROJETO NOVA ROTA

Nova Rota é o nome do mais recente projeto de extensão credenciado na Faculdade de Direito da Universidade pelos Professores Sérgio Salomão Shecaira e Jessica Sponchiado. Forma, com o GDUCC, um *duo* que tem por objetivo oferecer créditos aos alunos envolvidos, como disciplina optativa da grade curricular, associando tal perspectiva pragmática a um pensar humanista e interventivo na difícil realidade brasileira. De um lado, o interesse imediato do aluno, de outro, a visão de largo espectro, propiciando uma extensão universitária extremamente envolvida com o saber e com a transformação social.

O ponto de partida para o nascimento do Nova Rota foi o Projeto Gauss, “associação sem fins lucrativos que apoia o desenvolvimento integral de jovens com poucas oportunidades e grande potencial”²¹ e que oferece bolsas de estudos para jovens de baixa renda em

21. Para mais detalhes, o próprio site do Projeto Gauss. Disponível em: [<https://projetoauss.org/>].

curso preparatório. O Gauss foi criado em 2015 por alunos da Universidade de São Paulo (USP) e se mostrou um verdadeiro sucesso.

A partir dele, um grupo de ex-alunos da Faculdade de Direito da USP teve a ideia de criar um projeto voltado a egressos e egressas do sistema carcerário, viabilizando suprir o vácuo de projetos educacionais voltados especificamente para essa parcela da população. É assim que, ao final de 2019, começa a estruturação do Projeto Nova Rota, também na forma de associação sem fins lucrativos. No início ele foi concebido com a perspectiva de atribuição de bolsas de estudo para homens e mulheres que tivessem acabado de sair da prisão. A partir das primeiras experiências, e principalmente da constatação de que muitas outras vulnerabilidades eram enfrentadas pelos beneficiários do Nova Rota, ele foi se adaptando às necessidades do público-alvo. Era necessário buscar voluntários que pudessem dar o suporte jurídico para montar uma associação sem fins lucrativos, bem como arcar com os vales transportes e vale alimentação para os primeiros beneficiários.

O Nova Rota consegue ser estruturado juridicamente em 2020, contando com 3 (três) coordenadores, cerca de 6 (seis) mentores voluntários – para acompanhar os primeiros 3 (três) bolsistas. Os mentores promovem encontros garantindo uma interação de egressos e não egressos. Colaboram na reintegração do egresso, servindo de interlocutor com acompanhamento pessoal e educacional do bolsista²². Pode ajudar a criar uma microempresa, encaminhar para tirar um documento, dar um aconselhamento pessoal ou simplesmente conversar com os envolvidos no projeto. Podem também romper barreiras de contato e relacionamento entre pessoas de grupos sociais e com vivências muito diferentes.

Às vezes um egresso não conseguirá um emprego se não tiver esse apoio e a mentoria permitirá adotar posturas sociais facilitadoras da reintegração social no próprio sentido concebido pelo criador do GDUCC – Alvino Augusto de Sá – conforme mencionado anteriormente. São dois mentores para cada egresso (um homem e uma mulher, preferencialmente). Além dos atendimentos semanais com cada bolsista, sob total sigilo das informações compartilhadas, os beneficiários do projeto são submetidos a uma supervisão mensal, conduzida por uma psicóloga (contratada), com experiência de trabalho com a população carcerária e pessoas egressas.

Um grande ano do Projeto foi 2022, quando ele se consolida no pós-pandemia, ampliando o leque de parcerias, ampliação do número de mentorias, captação de recursos, assessoria jurídica *pro bono* etc. Ainda em 2022, o primeiro autor deste artigo passa a conhecer a trajetória do projeto e se interessa por transformá-lo em um grupo de extensão da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Já na virada de 2022 para 2023, o Nova Rota passa a figurar como Grupo de Cultura e Extensão Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob coordenação e supervisão dos Professores Sérgio Salomão Shecaira e Jessica Sponchiado.

Passam a ser selecionados 8 (oito) alunos da graduação para comporem o grupo de mentores juntamente com os demais voluntários já participantes. Além de uma formação teórica dada na faculdade de direito da USP, mais ou menos nos mesmos moldes dos alunos

22. FELIZARDO et al., 2023, p. 6.

do GDUCC, aos alunos selecionados caberá um treinamento para assumirem a mentoria dos beneficiários do projeto, colocando tais jovens em contato com a dura realidade do processo de reintegração dos egressos.

Nos dizeres do artigo “Projeto Nova Rota: a urgência da implementação de políticas e programas voltados para a educação de pessoas egressas do sistema carcerário”:

“trata-se de enriquecer a formação do estudante, permitindo-o conhecer a realidade de fato do sistema penal brasileiro com a qual futuros operadores do direito devem estar familiarizados. Com efeito, por se tratar de atividade de extensão, consiste na “ida” de conhecimento acadêmico para a sociedade, e na “volta” da realidade social para ser elaborada na universidade. O contato dos alunos com egressos do sistema carcerário constitui ação educativa com um grupo desfavorecido.”²³

Ambos os projetos, GDUCC e NOVA ROTA, são complementares. Permitem que alunos da universidade se envolvam com membros da comunidade e com cidadãos e cidadãs que tiveram de alguma forma o envolvimento com o encarceramento. Aos estudantes, além de uma intervenção social, será possível a sensibilização para um fenômeno – o encarceramento – pautado por um sem-número de preconceitos e que encontra no seio social uma reserva da intervenção feita em ambas as extensões.

No fundo, faz-se um processo dialético de *abrir a sociedade para o cárcere assim como se abre o cárcere para a sociedade*. Estudantes que muitas vezes não têm uma consciência social passam a compreender que a realidade do país, que passa por adversidades do abismo social, do encarceramento em massa, da discriminação de classe e racial, por uma sociedade patriarcal, e acabam por olhar o mundo que os rodeia com traços mais amplos de sensibilidade. A teoria crítica da criminologia, que retira o paradigma de neutralidade concebido pelas teorias etiológicas e funcionalistas, aqui recebe uma grande perspectiva de atuar concretamente para retirar parcela do sofrimento por populações envolvidas com o cometimento do delito.

6. A CRIMINOLOGIA DOS CONDENADOS E AS DUAS EXTENSÕES DA USP

A Criminologia dos Condenados (*Convict Criminology*, no original em inglês) é o estudo do crime e das prisões por acadêmicos egressos e estudiosos críticos e radicais associados aos egressos. O trabalho que se insere no contexto da criminologia crítica aparece tanto em espaços acadêmicos quanto em livros avulsos, e pode incluir discussões sobre como o encarceramento é vivido dependendo da classe social da raça e do gênero. Há também uma ênfase no tempo, no espaço arquitetônico e prisional, nos recursos sociais destinados ao cárcere e nas políticas públicas. Esta é uma *Nova Criminologia*²⁴ liderada por ex-prisioneiros

23. Ibid., p. 11.

24. Importante lembrar que o livro seminal para compreensão da visão marxista de crime foi o *Criminologia Crítica* de Taylor, Walton e Young, de 1975. Dois anos antes, os mesmos autores publicaram o *Criminologia Nova*, que abriu espaço para uma transformação nas abordagens criminológicas.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; WALDER, Laleska. Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 273-292. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042441].

que agora são professores acadêmicos, que mesclam seu passado com seu presente e fornecem uma abordagem provocativa para o estudo de como réus, prisioneiros e ex-prisioneiros experimentam o sistema de justiça criminal em diferentes países.

Em 1997, a Criminologia dos Condenados foi fundada como um coletivo acadêmico nos Estados Unidos por ex-condenados (e ao mesmo tempo professores de criminologia) e estudantes de pós-graduação após uma série de reuniões informais nos encontros anuais da Sociedade Americana de Criminologia. Em 2011, o British Convict Criminology Group foi iniciado na conferência anual da British Society of Criminology (BSC). Embora a existência de egressos do sistema não seja uma novidade na literatura criminológica, eles nunca formaram um grupo de ativismo político mesclado com pesquisadores da área criminal.

Pode-se citar Tannebaum na década de 1920 e Irwin nos anos 70 do século passado, ambos americanos, e Roberto da Silva, egresso da antiga FEBEM e da Casa de Detenção e Professor Associado da USP e autor do *Os filhos do governo*. Os autores americanos, embora tivessem trabalhos discutindo os pontos de vista dos prisioneiros, não discutiam sua própria experiência como condenados em suas publicações acadêmicas, ao contrário de Roberto da Silva que tem um ativismo bastante semelhante na formação acadêmica de pessoas envolvidas com o cárcere, sejam egressos, sejam agentes penitenciários (hoje policiais penais).

Esses egressos, juntamente com um grupo maior de criminologistas radicais e críticos, desenvolveram sua própria Perspectiva Teórica de Criminologia dos Condenados que incluía os acadêmicos egressos escrevendo sobre a prisão e sua própria experiência pessoal dentro dela. Juntos, eles construíram uma nova literatura composta principalmente por ensaios, artigos e livros que exploram os danos causados pelo encarceramento em massa nos estados industriais modernos. O grupo é organizado como um coletivo voluntário e ativista, sem filiação formal ou atribuição de papéis de liderança. Diferentes membros assumem a responsabilidade por funções variadas: por exemplo, autor principal de artigos acadêmicos, propostas de pesquisa, avaliações de programas, orientação de alunos egressos do sistema penal, professores mais jovens, encontro com a mídia para entrevistas etc.

O grupo continua a crescer à medida que mais presos saem da prisão para frequentar universidades, obtêm seus doutorados, tornam-se professores e passam a orientar novos estudantes dentro dos cárceres. Mais recentemente, além dos dois países onde a Criminologia dos Condenados floresceu – EUA e Reino Unido – há trabalhos no Canadá, França, Itália, Suécia, Nova Zelândia, Finlândia ou similares, como na Argentina.

No Brasil, a Criminologia dos Condenados foi divulgada em grande medida pelos trabalhos dos Professores Ingleses Sacha Darke e Andreas Aresti, este um egresso do sistema. Eles são professores da Universidade de Westminster tendo longo diálogo com o Departamento de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da USP, seja com Maurício Dieter, seja com Sérgio Shecaira. Sacha Darke também já foi convidado para proferir palestras no Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, sendo professor visitante da Faculdade de Direito da USP.

No ano de 2021, a Editora Tirant lo Blanch Brasil publicou o livro *A Criminologia dos Condenados e o futuro* uma coletânea de artigos organizados pelos professores Jeffrey Ian

Ross, da Universidade de Baltimore e Francesca Vianello, da Universidade de Pádua. Neste livro, além de trabalhos de inúmeros autores, há um contributo dos dois professores da Universidade de Westminster. Sacha Darke e Andreas Aresti, ademais, conhecem o trabalho feito pelo GDUCC, tendo até mesmo participado de um encontro na penitenciária Desembargador Adriano Marrey, em 2022.

No dia 20 de abril de 2023, fez-se realizar um encontro de professores e pós-graduandos de Westminster na faculdade de direito da USP. Foram apresentados trabalhos do GEPÊPrivação (Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Educação em Regimes de Privação da Liberdade), grupo de extensão sob a responsabilidade do Professor Roberto da Silva (Faculdade de Educação – USP), *Convict Criminology* representados pelos Professores Andreas Aresti e Sacha Darke, GDUCC e Nova Rota, representado pelo Professor Sérgio Salomão Shecaira. Os quatro grupos fizeram apresentações de seus trabalhos e tiveram particular convergência de perspectivas, a despeito de diferenças estruturais e de suas intervenções.

No mesmo dia, o grupo de pesquisadores ingleses visitou novamente a Penitenciária Desembargador Adriano Marrey, travando conhecimento com as condições de encarceramento existentes no Estado de São Paulo. Sucedeu-se uma participação do primeiro autor deste artigo em um seminário da Criminologia dos Condenados na Universidade de Westminster, Londres, nos dias 27 a 30 de junho. Lá o nome do GDUCC e do Nova Rota foram levados para os alunos das prisões de Coldingley, Grendon e Pentonville, além dos debates de encerramento na sede da Universidade de Westminster.

Analisando a literatura sobre a Criminologia dos Condenados, vê-se que um de seus objetivos é o de observar o trânsito da prisão para o ambiente universitário e como os egressos, que com frequência têm problemas de dependência de álcool e drogas, podem usar mecanismos de mútua ajuda para evitar uma recaída e volta para um estabelecimento prisional²⁵. Ainda mais, a “educação é não só fator de empoderamento dos indivíduos após a soltura, mas frequentemente os que são, ao mesmo tempo, encarcerados e instruídos, assumem um papel diferente diante da administração prisional.”²⁶

Parece até mesmo que tais perspectivas destacadas acerca das finalidades da Criminologia dos Condenados tenham sido pensadas e concebidas para a extensão da USP chamada de Nova Rota. Também o GDUCC tem esse papel: empoderar o encarcerado para fazer frente à transição do cárcere para o mundo aberto e, ali, encontrar forças para um enfrentamento da dura realidade da sobrevivência em condições adversas daqueles que terão dificuldades em dobro para conseguir um emprego, tirar documentos, alugar um imóvel e outras coisas naturais daqueles que retornam ao convívio social.

Jeffrey Ian Ross observa que a Criminologia dos Condenados é um movimento pela paz e de luta contra a pobreza, baseada nos ensinamentos do pedagogo brasileiro Paulo Freire. Diz ele que, para aqueles que de fato buscam compreender aquela pedagogia, torna-se “necessário entrar nos cenários carcerários, de modo a ensinar a quem estava atrás das grades não apenas noções básicas de linguagem e matemática, mas promover sua capacitação para

25. ROSS; VIANELLO, 2012, p. 31.

26. Ibid., p. 32.

enfrentar o mundo extramuros”²⁷. Mais uma vez, GDUCC e Nova Rota têm uma identidade impressionante com a Criminologia do Condenado. Todos esses movimentos têm a perspectiva de trabalhar com o fortalecimento do envolvido com a situação-problema do crime, dentro e/ou fora do cárcere para conscientizar o oprimido para sua reintegração social.

Paulo Freire, foi revolucionário. Inventou um método de alfabetização que tinha a capacidade de aliar a rapidez do aprendizado com a conscientização do destinatário do método. Tal façanha é o feito mais marcante de Paulo Freire no campo da pedagogia, tendo por metodologia a escolha de “palavras geradoras”, comuns no vocabulário local como cimento, tijolo, vassoura, enxada, terra, colheita, entre outras²⁸. O método usava essas palavras e, a partir da decodificação fonética dessas palavras, iam se construindo e associando novas palavras, aumentando assim o repertório dos alunos. Ao invés de usar o “eu vi a uva” ou “a patata nada”, frases neutras para os destinatários da alfabetização, Freire procurava as *palavras geradoras*, indicativas de um significado que sensibilizava o ouvinte. Alfabetizar um camponês demanda usar a palavra foice, enxada. Um operário talvez demande martelo, chave de fenda. A diferença das realidades fará com que o processo de alfabetização se adapte à condição desse interlocutor.

A criminologia dos condenados, com maestria, discute com o preso o que é ser preso a partir da perspectiva do preso. Também faz o mesmo o GDUCC, que junto com o condenado, na perspectiva do diálogo horizontal, faz o encarcerado pensar consigo e com pessoas externas, sua vida, sua existência, a vida familiar, o emprego futuro, bem como se compreender para compreender seu crime. Isso associado à formação educacional provida pelo Nova Rota permitem imaginar que se tenha uma formação Freireana entre os dois projetos da USP que se articulam entre si.

Por fim, mas não menos importante, há algo que demonstra a unidade conceitual dos três projetos: Criminologia dos Condenados, GDUCC e Nova Rota vão ao campo, não ficando na abstração do método dedutivo do direito, mas enveredando pelas etnografias, quando não das autoetnografias²⁹, tão comuns na antropologia e sociologia e que se expandiram para a criminologia. A despeito da criminologia crítica ortodoxa ter reservas com as pesquisas de campo, a criminologia cultural tem sido muito prolífica em associar a pesquisa no campo com o saber crítico, que caracteriza a renovação do pensamento crítico³⁰.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da diferença temporal na criação e espacial na execução dos três grupos (GDUCC, Nova Rota e *Convict Criminology*), é evidente a semelhança de suas raízes e

27. Ibid., p. 42.

28. FREIRE, 2022, p. 07.

29. EARLE, 2021, p. 69-70.

30. Sobre a Criminologia Cultural recomenda-se a leitura das seguintes obras: *Criminologia cultural: um convite* (FERREL; HAYWARD; YOUNG, 2019); *Explorando a criminologia cultural* (FERREL et al., 2021); *Novas Aventuras em criminologia cultural* (FERREL et al., 2021); e *Criminologia cultural periférica* (KHALED JUNIOR, 2023). Livros publicados em língua portuguesa pela Editora Casa do Direito.

objetivos à realidade e efeitos do cárcere. Em razão dessa similitude, seria até mesmo possível imaginar uma linha do tempo na atuação dos três grupos na realidade dos presos e egressos.

Nesse processo dialético, primeiro destaca-se o GDUCC, com sua proposta de dialogar com os encarcerados e socioeducandos, considerando aquela situação como passageira e, portanto, não definidora de personalidades. O seu triunfo, com absoluta certeza, é ser um grupo que age, através da fala e da escuta ativa e, ainda dentro do espaço de sobrevivência – atrás dos muros das prisões – com o objetivo de reconhecer e resgatar a humanidade, tão facilmente retirada, daqueles cuja liberdade foi privada.

Por acreditar na potencialidade do diálogo como uma das alternativas à reintegração social dos encarcerados, o Grupo de Diálogo Universidade, Cárcere e Comunidade está constantemente se transformando, inclusive ao se desdobrar no chamado GDUCC – Socioeducação, atuando com jovens em conflito com a lei. Essa expansão se deu a partir da noção de que, não obstante a existência de uma legislação brasileira protetiva à infância e juventude, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, as unidades de internação também seria uma espécie entre as chamadas instituições totais³¹, e que geram efeitos devastadores em pessoas que estão em pleno processo de crescimento e amadurecimento.

Dentro desse mesmo espectro, porém, no momento posterior ao cumprimento da pena, atuam os projetos Nova Rota e Criminologia dos Condenados. Aliados à busca da efetiva reintegração social, comumente mencionada pela teoria Criminológica Clínica, ambos os movimentos possuem uma perspectiva de proporcionar meios “extramuros” aos egressos do sistema penitenciário e partem da premissa dos diferentes obstáculos e dificuldades enfrentadas devido suas situações, tanto no Brasil quanto no exterior. Exemplos disso são as buscas por moradia e emprego e até uma “simples” regularização de documentos perante órgãos públicos, a fim de poderem exercer seus direitos.

Para além dos ganhos já mencionados, os três grupos cumprem com a missão de lidar com o processo de *prisonização* – seja nas penitenciárias ou nas internações nas Fundações Casas. É através do enfrentamento desse processo que se pode escancarar os seus reflexos e consequências no âmbito social, fatores tão comumente ignorados por distintos setores da sociedade.

Os referidos projetos são integrados por pessoas comprometidas e que acreditam que somente a partir do enfrentamento do fenômeno em sua realidade, isto é, através de visitas, diálogos, apoios financeiros e trocas de experiências com aqueles que ali convivem e sobrevivem, deixando de tratá-los como algo meramente “metafísico” (inalcançável aos olhos da civilização), que será possível tornar o cárcere, com todos os seus efeitos, menos cárcere.

Portanto, é impreterível que o GDUCC, Nova Rota e *Convict Criminology* sejam considerados modelos a serem seguidos e que tenham suas ideias semeadas e aperfeiçoadas em

31. Termo cunhado pelo sociólogo Erving Goffmann em sua obra “Manicômios, prisões e conventos” (1961). Para ele, as instituições totais seriam locais onde os indivíduos ficam integralmente internados, comumente em grupos, devendo realizar atividades em uma disciplina rígida de modo que vão perdendo o seu “eu”.

diferentes países e grupos sociais, a fim de que ocorra a criação e fortalecimento de um movimento de enfrentamento às violações de Direitos Humanos dos encarcerados e egressos do sistema penitenciário por todo o mundo.

8. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Jéssica Pascoal Santos; GASPAR, Lucas Henrique de Lucia. O ator situado e os processos de construção da imagem do inimigo na tragédia de Otelo. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri; ALMEIDA, Julia de Moraes (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvin August de Sá*. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 255-296.
- BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado*. Alemanha: Universidade de Saarland, 1990. Disponível em: [www.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BI-BLIOGRAFIA.pdf]. Acesso em: 20.08.2023.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Reintegração social: discursos e práticas na prisão – um estudo comparado*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2012.
- EARLE, Rod. Cumprindo pena na criminologia dos condenados. In: ROSS, Jeffrey Ian; VIANELLO, Francesca (Orgs.). *A criminologia dos condenados e o futuro*. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2012. p. 69-77.
- FELIZARDO, Camila Lopes et al. *Projeto Nova Rota: a urgência da implementação de políticas e programas voltados para a educação de pessoas egressas do sistema carcerário*. Artigo inédito, 2023.
- FREIRE, Paulo. *A pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 9. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.
- GRACIANO, Mariângela. *A educação nas prisões: um estudo sobre a participação da sociedade civil*. Tese (Doutorado em Sociologia da Educação) – Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2010.
- MATHIESEN, Tomas. *The politics of abolition*. London: Martin Robertson, 1974.
- PIRES, Álvaro; DIGNEFFE, Françoise. Vers um paradigme des inter relations sociales? Purunereconstruction duchampcriminologique. *Criminologie*, v.25, n.2, p.3-11, 1992. Disponível em: [https://id.erudit.org/iderudit/017321ar]. Acesso em: 20.08.2023.
- PROJETO GAUSS. Disponível em: [https://projetoauss.org/]. Acesso em: 20.08.2023.
- ROSS, Jeffrey Ian; VIANELLO, Francesca (Orgs.). *A criminologia dos condenados e o futuro*. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2012.
- SÁ, Alvin August de; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BRETAN, Maria Emilia Accioli Nobre; CALDERONI, Vivian. (Coords.). *GDUCC (Grupo de Diálogo*

- Universidade-Cárcere-Comunidade*): uma experiência de integração entre a sociedade e o cárcere. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: [https://repositorio.usp.br/item/002768675]. Acesso em: 20.08.2023.
- SANZOVO, Natália Macedo. Criminologia clínica de inclusão social e o olhar para o sujeito. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri; ALMEIDA, Julia de Moraes (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvino Augusto de Sá*. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 437-451.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. GDUCC: um novo olhar para a prisão! In: SÁ, Alvino Augusto de; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; BRETAN, Maria Emilia Accioli Nobre; CALDERONI, Vivian. (Coord.). *GDUCC (Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade)*: uma experiência de integração entre a sociedade e o cárcere. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. p. 13-16.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; FERRARINI, Luigi Giuseppe Barbieri; ALMEIDA, Julia de Moraes (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao Professor Alvino Augusto de Sá*. São Paulo: D'Plácido, 2021.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2022.
- SHIMIZU, Bruno; CALDERONI, Vivian. Criminologia Clínica e Execução Penal: proposta de um modelo de terceira geração, de Alvino Augusto de Sá. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 19, v. 92, p. 461-466, 2011. Disponível em: [https://turmadireitofmusala07.files.wordpress.com/2015/10/shimizu-e-vivian-1.pdf]. Acesso em: 20.08.2023.
- TOZI, Thalita A. Sanção. Grupo de diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade (GDUCC): algumas reflexões sobre seus possíveis frutos. *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, v. 3, n. 4, p. 45-54, 2016. Disponível em: [https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/101]. Acesso em: 20.08.2023.



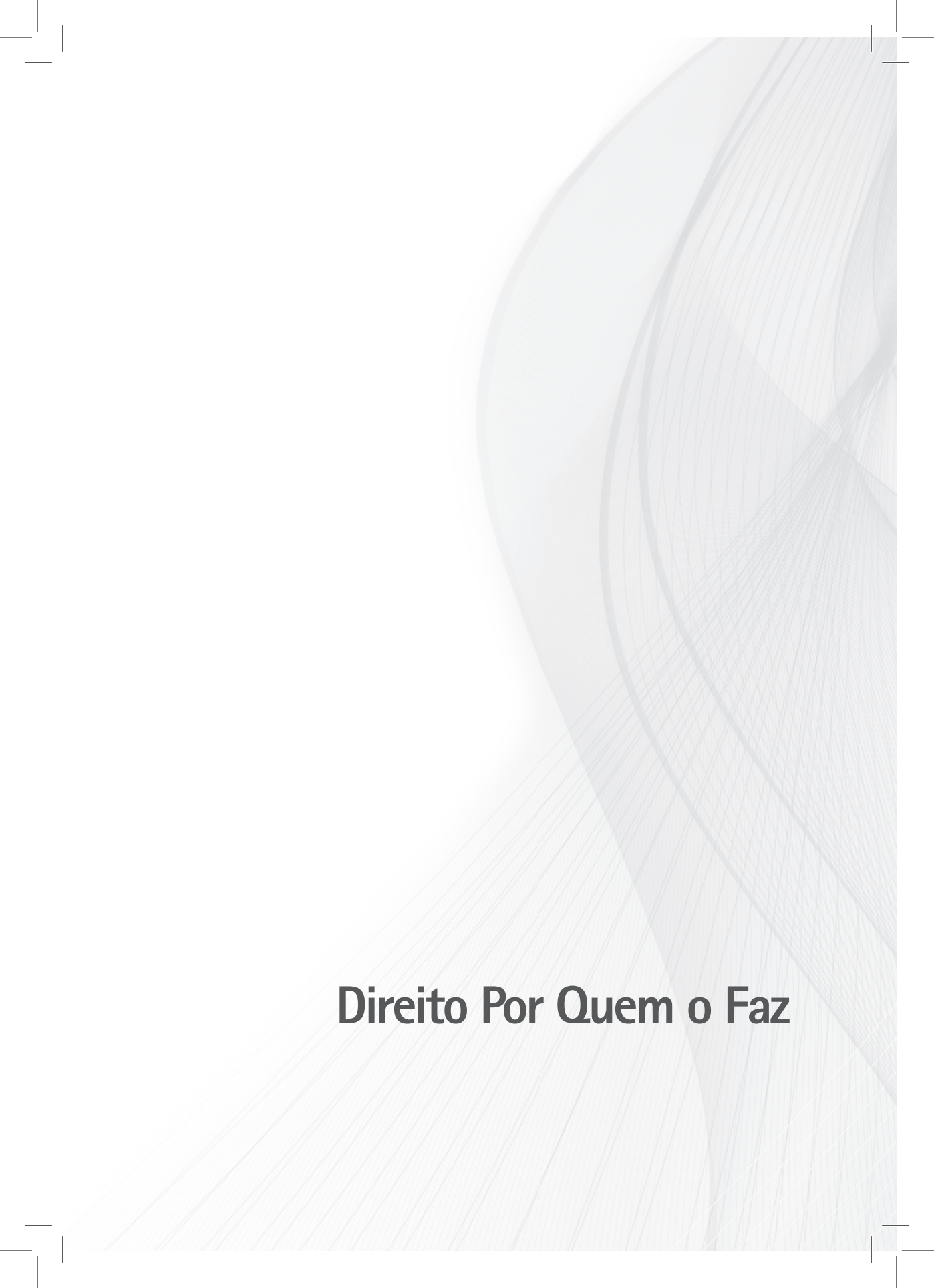
PESQUISAS DO EDITORIAL



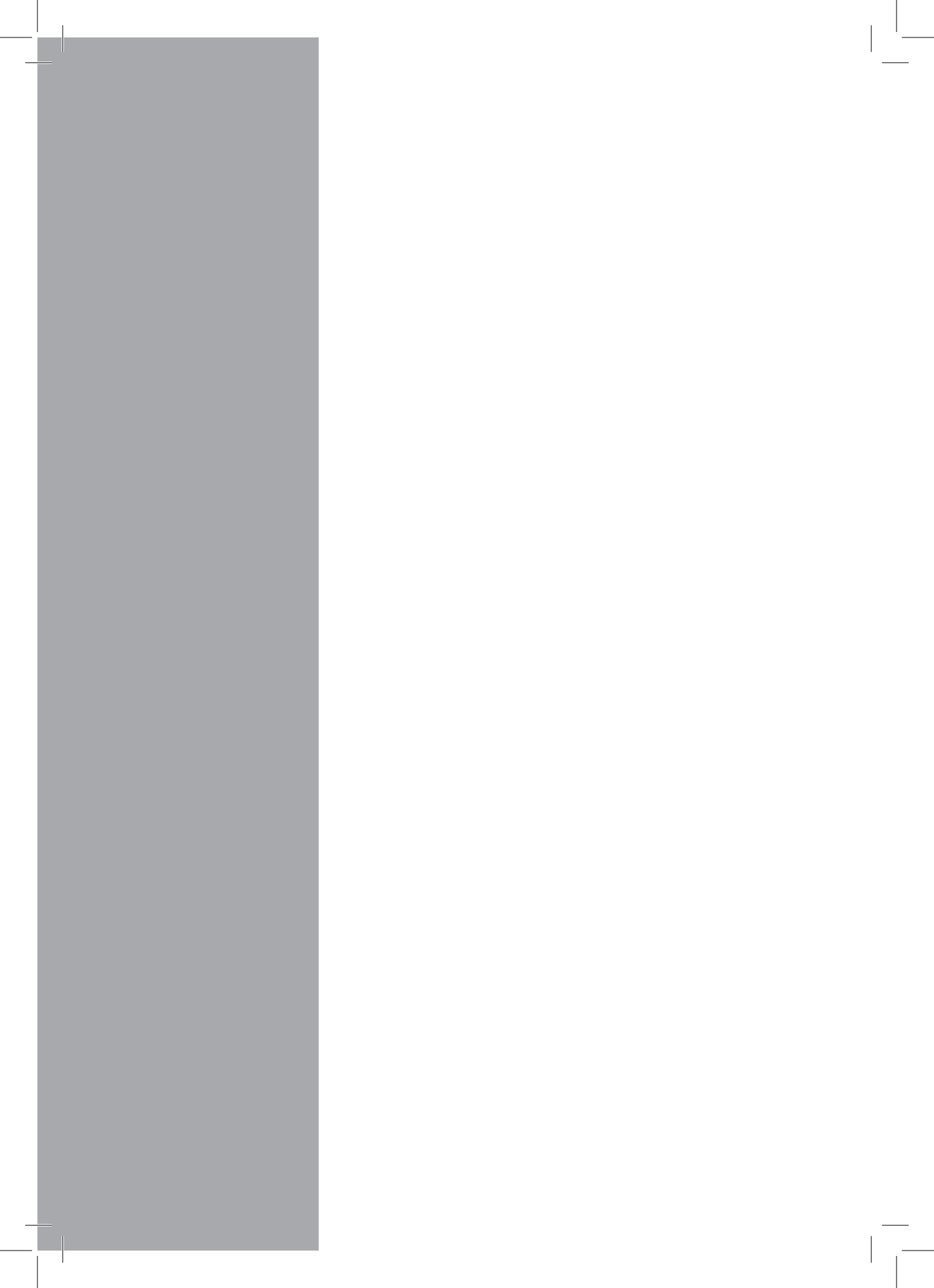
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A crescente população carcerária condenada à prisão perpétua nos EUA: seu custo e impacto em vários segmentos da sociedade, de Emilio C. Viano – *RBCCrim* 145/99-152;
- A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 987/241-266;
- A violência no poder punitivo estatal, de Alencar Frederico Margraf e Meg Francieli Svistun – *RDCI* 108/189-207;
- Educar para libertar: a educação por meio da leitura e a incessante busca pela ressocialização dos presos, de Carmen dos Santos Oñoro e Mario Eduardo Bernardes Spexoto – *RDCI* 121/13-30;
- O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil, de Carolina Costa Ferreira – *RBCCrim* 129/137-180;
- Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, de Frederico Augusto Barbosa da Silva e Isabella Cristina Lunelli – *RBCCrim* 173/351-391;
- Sistema prisional e direitos humanos no Brasil: a (in)gestão política em tempos de pandemia por Covid-19, de Bruno Truzzi, Carolina Piccolotto Galib e Luis Renato Vedovato – *RBCCrim* 195/187-218; e
- Superpopulação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos, de Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira – *RBCCrim* 164/161-199.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of fine, intersecting lines that create a sense of depth and movement. The colors are muted, consisting of various shades of gray and light blue.

Direito Por Quem o Faz



APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA – ART. 2º, II, DA LEI 8.137/1990 (PARECER/CASO "ICMS DECLARADO E NÃO PAGO" – BRASÍLIA/DF)

*TAX MISAPPROPRIATION – ARTICLE 2, II, OF
LAW 8,137/1990 (LEGAL OPINION OF "ICMS
TAX DECLARED AND NOT PAID" – BRASÍLIA/DF)*

ALEXANDRE WUNDERLICH

Doutor em Direito e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do
Mestrado Profissional em Direito do IDP em Brasília/DF.
Lattes CV: [<http://lattes.cnpq.br/2789258322413679>].
Orcid: [<https://orcid.org/000-0001-8090-631X>].
alexandre.wunderlich@wunderlich.com.br

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Doutor em Ciência Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra. Professor do LLM em Direito Penal Econômico do IDP em Brasília/DF.
Lattes CV: [<http://lattes.cnpq.br/0251837300025745>].
Orcid: [<https://orcid.org/0000-0003-2929-9088>].
marceloaruivo@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10042435>].

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Tributário

RESUMO: Trata-se de estudo sobre o caso do "ICMS declarado e não pago". O estudo revisa os conteúdos dos votos do julgamento do *Habeas Corpus* 399.109/SC pelo Superior Tribunal de Justiça e a diferenciação entre o ilícito tributário (inadimplemento) e o crime tributário (fraude para redução de receita), com base no conceito constitucional de crime como ofensa dolosa ou culposa ao bem jurídico. Reconhece o bem jurídico e a técnica de tutela do crime do art. 1º,

ABSTRACT: This is a study on the case of "ICMS tax declared and not paid". The study reviews the content of the votes from the Habeas Corpus 399,109/SC trial by the Superior Court of Justice (STJ) and the differentiation between tax illicit (default) and tax crime (fraud to reduce revenue), based on the constitutional concept of crime as an offense against a legal good. It recognizes the legal good and the technique of protection of the crime of art. 1, of Law 8,137/1990 and the

da Lei 8.137/1990 e da apropriação indébita de receita tributária (art. 2, II, da Lei 8.137/1990), destacando o dolo de omissão e a especial finalidade de não repassar o valor de terceiro com ânimo de apropriação. Conclui que o contribuinte emissor da nota fiscal é devedor direto confesso.

PALAVRAS-CHAVE: Inadimplemento tributário – Fraude fiscal – Finalidade de apropriação indébita – Confissão de débito sem finalidade de apropriação.

misappropriation of tax revenue (art. 2, II, of Law 8,137/1990), highlighting the intention of omission and the special purpose of not passing on the value with the intention of appropriation. It concludes that taxpayer, issuer of the bill of sale, is a confessed direct debtor.

KEYWORDS: Tax default – Tax fraud – Purpose of misappropriation – Confession of indebtedness without purpose of misappropriation.

SUMÁRIO: 1. A consulta em memorial técnico. 2. Contexto da consulta: crimes tributários na expansão do direito penal. 3. Precedente a ser examinado – Decisão da 3ª Sessão do STJ no *Habeas Corpus* 399.109/SC. 4. Diferenciação entre o ilícito tributário (inadimplemento) e o crime tributário (fraude para redução de receita). 5. Conceito constitucional de crime: ofensa dolosa ou culposa ao bem jurídico. 5.1. Elementos objetivos do crime. 5.2. Elementos subjetivos geral e especial do crime. 6. Bem jurídico e a técnica de tutela dos crimes contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/1990). 7. Apropriação indébita de receita tributária (Art. 2º, II da Lei 8.137/1990). 7.1. Elemento objetivo do tipo: bem jurídico e resultado. 7.2. Elemento subjetivo do tipo de apropriação indébita: vontade de não repassar o valor com ânimo de apropriação. 8. Precedentes jurisprudenciais. 9. Sujeito ativo do crime de apropriação tributária. O contribuinte emitente da nota é devedor direto confesso e não depositário de valores do fisco. 10. Síntese do memorial técnico. 11. Bibliografia.

1. A CONSULTA EM MEMORIAL TÉCNICO

A Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul (Federasul), buscando ingressar como *Amicus Curiae* junto ao e. STF nos autos do Recurso Ordinário Constitucional no *Habeas Corpus* 163.334, originário do Estado de Santa Catarina (Caso do ICMS declarado e não pago), apresenta cópia digital dos autos da ação penal e questões científicas sobre a redação típica do crime previsto no art. 2º, II da Lei 8.137/1990, para que sejam respondidas a partir do exame jurídico-técnico. O trabalho concretiza-se na forma de memorial técnico, fruto de nossa atuação *pro bono*.

São duas as questões fundamentais:

1º quesito. Há conformidade constitucional e legal na interpretação realizada pela Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no HC 399.109/SC, no sentido de que toda e qualquer declaração de tributo, sem pagamento do valor do tributo, concretiza o crime de apropriação indébita de receita tributária do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990?

2º quesito. Quais são os elementos do tipo objetivo e subjetivo do crime de apropriação indébita tributária necessários para a legítima imputação da responsabilidade penal pelo art. 2º, II, da Lei 8.137/1990?

Estes são os dois questionamentos científicos ofertados pela consulente e que passamos a examinar.

2. CONTEXTO DA CONSULTA: CRIMES TRIBUTÁRIOS NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

É certo que o reconhecimento constitucional dos interesses coletivos e difusos e as exigências feitas ao Estado influenciaram significativamente as tendências políticas criminais, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988. Podemos constatar o surgimento de um fenômeno punitivo de matrizes distintas daquelas que fundaram o direito penal clássico, justamente porque destinadas à proteção de bens jurídicos imateriais, de natureza supraindividual, tais como: a “ordem tributária”, a “ordem econômica” ou o “sistema financeiro nacional”.

Ao longo dos últimos anos, o objeto do direito penal tem sido redimensionado, uma vez que a legislação nacional tem sido pródiga na criminalização de condutas perigosas a bens jurídicos supraindividuais, o que ampliou substancialmente o espectro de atuação do sistema punitivo. Agora, para além da criação excessiva de tipos penais pelo Poder Legislativo, acompanhamos o surgimento de incertas reinterpretações de textos legais, uma espécie de processo de inovação em criminalizações a partir de novos entendimentos jurisprudenciais.

A consulta endereçada pela Federasul, que pretende ingressar como *Amicus Curiae* junto ao STF e colaborar para a solução justa do Caso ICMS declarado e não pago, situa-se neste contexto: a projeção do sistema punitivo para alcançar condutas cuja matriz genealógica o próprio sistema não reconhece, produzindo insegurança jurídica e ineficiência do sistema de garantias.¹

Portanto, o tema objeto da consulta está inserido no contexto atual das ciências criminais. Para alguns, o direito penal deve ser um braço armado do Estado, com valor utilitário na busca pela prevenção e pela resolução dos problemas sociais e fiscais, perdendo o seu caráter ético de direito subsidiário. Em nosso juízo, no pano de fundo da discussão jurídica que iremos enfrentar, está a intenção política manifesta dos governantes de subverter a conformação estrutural clássica do direito penal, transformando-o em mero instrumento arrecadatório ao serviço do Estado.

3. PRECEDENTE A SER EXAMINADO – DECISÃO DA 3ª SESSÃO DO STJ NO *HABEAS CORPUS* 399.109/SC

Sobre o julgamento objeto da consulta, é importante sublinhar que o Exmo. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, acompanhado pelos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Paciornik e Felix Fischer, entendeu que o crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 assemelha-se àquele previsto no art. 168 do Código Penal. Esse entendimento toma como base que a jurisprudência do STJ e grande parte da doutrina atribuíram ao tipo legal a indicação de apropriação indébita tributária. Segundo

1. CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. “Criminalidade econômica e denúncia genérica: uma prática inquisitiva”. In: BONATO, G. (Org.), *Garantias constitucionais e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42.

WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 200. ano 32. p. 295-315. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042435].

a compreensão do Exmo. Ministro, as características essenciais do crime de apropriação indébita do CP devem compor, também, o crime de apropriação indébita tributária, “sob pena de lhe creditar uma rubrica informal que não se coaduna com a essência da apropriação indébita”.

Em regra, o elemento normativo do tipo legal “coisa alheia” atinge somente bens móveis infungíveis, mas há exceção no caso da apropriação de bem fungível que foi confiado ao agente para “transmissão” a terceiro ou para outra “finalidade”, que não o mero “depósito”. O Exmo. Ministro Relator afirma que a clandestinidade, a fraude ou qualquer outro ardil não são pressupostos necessários ou essenciais para a configuração do crime de apropriação indébita, sendo o sujeito ativo do crime aquele que possui ou detém o bem móvel alheio, no caso o sujeito ativo do delito é o sujeito passivo da obrigação tributária. Vê-se, pois, que a decisão não está a exigir a presença de elemento subjetivo especial. Basicamente, nesta linha de raciocínio, o crime de apropriação indébita tributária somente pode ser cometido pelo sujeito passivo da obrigação que desconta ou cobra o tributo ou contribuição.

É interessante pontuar que o entendimento majoritário firmado no e. STJ – que em nosso juízo é equivocado – caminha no sentido de que nenhum sujeito passivo de obrigação tributária “desconta” ou “cobra” tributo, pois o sujeito passivo de obrigação tributária, seja ele direto ou indireto, apenas “retém” tributo. O Relator procede à distinção entre “competência”, “capacidade ativa”, “sujeito ativo” e “sujeito passivo” da obrigação tributária, para concluir que o termo “cobrar” resultou em uma deficiência de técnica legislativa sob o ângulo fiscal, uma vez que somente o sujeito ativo da obrigação tributária é que pode “cobrar” tributo, cabendo ao agente de arrecadação, tão somente, a sua “retenção” para posterior recolhimento ao Fisco.

Em nosso entendimento, o Exmo. Ministro Relator fez compreensão equivocada sobre os significados dos termos “descontar” e “cobrar”, afirmando que nenhum sujeito passivo de obrigação tributária “desconta” ou “cobra” tributo. Segundo a interpretação, o sujeito passivo da obrigação tributária não pode descontar algo relacionado ao tributo e a utilização do termo ocorreu de forma geral para indicar a “retenção” feita por responsável tributário por substituição.

Basicamente, a expressão “descontar” é aplicável aos casos de tributos diretos, quando há responsabilidade por substituição tributária. O termo “cobrar” é aplicável às relações tributárias havidas com tributos indiretos, mesmo aqueles realizados em operações próprias, visto que o contribuinte de direito, ao reter o valor do imposto ou contribuição devidos, repassa o encargo para o adquirente do produto, que será o contribuinte de fato.

Dessa maneira, “especificamente no que tange ao ICMS retido em operações próprias ou em substituição, o encargo é reembolsado dentro da cadeia de produção, de modo que o substituto e os substituídos não suportam, economicamente, o valor da exação que somente será arcado pelo consumidor.”

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca deu suporte ao Relator, ao destacar que “a limitação realizada, no sentido de que o tipo penal somente se perfaz quando o valor é descontado ou cobrado de quem também é contribuinte, não encontra amparo no tipo penal em estudo, uma vez que a norma não traz essa especificação.”

Segundo seu pensar, a expressão utilizada no tipo penal “sujeito passivo de obrigação” é ampla. O tipo penal não apresenta qualquer distinção entre o sujeito passivo direto e o sujeito passivo indireto, contribuinte e responsável, respectivamente. Da mesma forma, o tipo não especifica que o “terceiro” deva ser, necessariamente, contribuinte. No ponto, é

“irrelevante, assim, a ausência de relação jurídica entre o Fisco e o consumidor, porquanto o que se criminaliza é o fato de o contribuinte se apropriar do dinheiro relativo ao imposto, devidamente recebido de terceiro, quer porque descontou do substituído tributário quer porque cobrou do consumidor, não repassando aos cofres públicos.”

De outro lado, a divergência apontada pela Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, seguida pelos Ministros Jorge Mussi e Sebastião Reis, anda em sentido diametralmente oposto. Para a Ministra, não é adequado o entendimento no sentido de que o valor do ICMS embutido no preço é cobrado ou descontado do consumidor final, porque não existe relação tributária possível entre o Fisco estadual e o eventual consumidor final. Entendemos que a premissa exposta foi a seguinte: o consumidor não é sujeito passivo da obrigação, tampouco é contribuinte, no sentido técnico, o que significa que ele jamais poderá ser cobrado pelo imposto devido na obrigação, podendo ser invocado, como fez a Ministra, o art. 121 do CTN. Em síntese, contribuinte é o titular da capacidade contributiva, escolhido pelo Poder Legislativo como sujeito passivo direto da obrigação tributária. Responsável tributário é aquele que, em algum momento, dispõe sobre os valores do contribuinte, escolhido pelo legislador como sujeito passivo indireto da obrigação tributária.

Assim, o juízo de compreensão exposto pela maioria, o tipo legal de crime se refere às hipóteses de “substituição tributária”, nas quais o sujeito passivo indireto desconta ou cobra valores pertencentes ao contribuinte e deixa de recolhê-los ao erário, apropriando-se indevidamente de tributo devido por outrem. *Não é o caso, pois, do ICMS próprio, porque este não é devido pelo consumidor final, mas pelo próprio comerciante que o retém.* Diz a Ministra que: “De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento”.

Em nossa forma de ver, os Ministros Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Paciornik e Felix Fischer não acertam na leitura do dispositivo legal, pois é uma interpretação contra a segurança jurídica (art. 5º, caput, XXXVI e XXXIX, da CF) do cidadão contribuinte, em exagerado benefício aos interesses do Estado. Trata-se de exegese ampliadora do tipo penal em desfavor do contribuinte brasileiro, que acreditou na previsibilidade da interpretação até então corrente e, manifestamente de boa-fé, declarou o tributo devido.

Em nossa compressão, o repasse do ICMS ao consumidor é determinação legal imperativa, não se confundindo com o repasse de outros custos fixos da atividade comercial ao valor pago pelo consumidor – por exemplo: aluguel, custos com colaboradores e funcionários etc. Ademais, o consumidor participa do fato gerador do ICMS, uma vez que só há sua incidência se o produto for efetivamente vendido, porque “o imposto não incide sobre mercadorias e sim sobre operações onerosas que transiram a titularidade de bens classificados

como mercadorias”;² conforme a própria regra de competência do art. 155, II, da Constituição Federal.³

Para além dos argumentos expostos pelo entendimento jurisprudencial vencido no STJ, o presente memorial técnico acresce elementos de ciência do penal, revelando contribuição acadêmica que pode auxiliar os Exmos. Ministros do STF no julgamento do caso.

4. DIFERENCIAÇÃO ENTRE O ILÍCITO TRIBUTÁRIO (INADIMPLEMENTO) E O CRIME TRIBUTÁRIO (FRAUDE PARA REDUÇÃO DE RECEITA)

O ilícito tributário é a infração da norma fiscal pelo inadimplemento da obrigação principal do contribuinte. A verificação da prática do ilícito tributário é geralmente independente da “intenção do agente ou do responsável”, conforme disciplina o art. 136 do CTN. Portanto, a noção de ilicitude tributária traduz-se em mero inadimplemento da obrigação principal e em violação de deveres instrumentais (art. 113, § 3º, do CTN), podendo ser avaliada apenas com base em critérios objetivos. A violação do dever do contribuinte de adimplemento do valor devido ocorre quando ultrapassado o prazo estabelecido, ainda que sem ofensa ao bem jurídico e sem a ocorrência de fraude. Ressaltamos

“que o conhecimento dos motivos e das finalidades do inadimplemento do tributo não são essenciais para a caracterização do ilícito tributário. Já a responsabilidade pessoal pelo ilícito tributário não ocorre em caso de simples inadimplemento e segue o padrão jurídico clássico responsabilização individual, exigindo a verificação do elemento subjetivo” (dolo – art. 137 do CTN).⁴

O ilícito tributário, portanto, não se confunde com o ilícito penal. A responsabilidade penal é estruturada legal e cientificamente na forma clássica de responsabilidade pessoal, sendo necessário o exame das dimensões objetiva e subjetiva da conduta humana. O crime é resultado de uma conduta causadora de resultado ofensivo ao bem jurídico tutelado, devendo ser dolosa (querer o resultado) ou culposa (negligente, imperita ou imprudente) de acordo com o art. 18, I e II, do CP.

2. ROCHA, Roberval. *Direito tributário*. 4. ed. rev. e atual., Salvador: JusPodivm, 2017. p. 524.

3. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...).

4. Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente: I – quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito; II – quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar; III – quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico: a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem; b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores; c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Para além da distinção apontada, a redação do ilícito penal pode exigir a verificação do motivo para a concretização da conduta (ex. motivo fútil – art. 121, § 2º, II, do CP)⁵ e da intenção ou a finalidade da conduta (ex. sequestrar com o fim de obter vantagem como resgate – art. 159 do CP).⁶ Nesses casos, o tipo penal descreve uma conduta dolosa com os motivos e as intenções juridicamente relevantes, que, se estiverem ausentes, impedem a subsunção da conduta humana a determinado tipo legal de crime.

Então, a responsabilidade penal e a aplicação da pena às pessoas física e jurídica pressupõem a ofensa ao bem jurídico tutelado no ilícito penal (art. 98, I, da CF), não bastando a simples violação de dever de agir do contribuinte. Para além disso, a responsabilidade penal e a aplicação de pena não podem ser meramente objetivas, por decorrência da dimensão subjetiva do crime (art. 18 do CP) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

5. CONCEITO CONSTITUCIONAL DE CRIME: OFENSA DOLOSA OU CULPOSA AO BEM JURÍDICO

Antes de adentrarmos no objeto da consulta, é fundamental estabelecermos alguns conceitos básicos da teoria geral do delito. O conceito de crime é dividido tradicionalmente em duas dimensões, quer no sistema romano-germânico, quer no sistema do *common law*. Basicamente, a dimensão objetiva descreve as características da conduta, do nexos causal e do resultado ofensivo ao bem jurídico, dados que são observados na realidade externa do fenómeno criminal. De outro lado, a dimensão subjetiva trata da relação intelectual e anímica do autor com a própria conduta e o resultado causado, por isso, recebe essa denominação, justamente em referência ao sujeito da conduta.

5.1. Elementos objetivos do crime

A Constituição Federal estabelece a dimensão objetiva do conceito de crime como ofensa a bens jurídicos, fundada no princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*). A ofensividade é um critério material utilizado pela Constituição para a classificação da gravidade dos crimes e para a orientação do procedimento de julgamento penal (art. 98, I, da CF).⁷ A competência dos juizados especiais, por exemplo, é determinada segundo o grau de ofensa ao bem jurídico: “infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo” (art. 98, I, da CF).⁸ A importância jurídica e político-criminal

5. Art. 121. Matar alguém: (...) 2º Se o homicídio é cometido: (...) II – por motivo fútil; Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

6. Art. 159. Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena – reclusão, de oito a quinze anos.

7. RUIVO, Marcelo. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 72, nota 220; RUIVO, Marcelo. “O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006)”. *Boletim IBCCRIM*, v. 281, 2016. p. 12. Nesse sentido é o voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do STF (RE 635.659), destacando a expressividade constitucional da ofensividade no art. 98, I, da CF.

8. Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a

do princípio da ofensividade tem aumentado na jurisprudência constitucional brasileira⁹ e italiana.¹⁰

A ofensividade ao bem jurídico abrange dois tipos de resultados jurídicos com diferentes graus de desvalor: o dano ao bem jurídico e o perigo de dano ao bem jurídico. O resultado jurídico é a valoração da ofensa ao bem jurídico, não pressupondo necessariamente a existência de resultado natural, que é a transformação mecânica do mundo físico perceptível pelos sentidos (evento). Existem crimes com resultado jurídico e com resultado natural (crimes materiais) e crimes com resultado jurídico, mas sem resultado natural (crimes formais).

5.2. Elementos subjetivos geral e especial do crime

A dimensão subjetiva é justamente a relação interna que o autor guarda com a sua conduta e com o resultado por ela causado. A doutrina divide a parte subjetiva do tipo penal em: (1) elemento subjetivo geral e (2) elemento subjetivo especial.

(1) O elemento subjetivo geral é requisito fundamental para a criminalização da conduta. A conduta em relação ao resultado causado pode: (1.1) prever e querer o resultado, (1.2) prever e aceitar o resultado, (1.3) prever e não querer, nem aceitar o resultado, ou, simplesmente, (1.4) não prever o resultado. As quatro hipóteses, em ordem decrescente de reprovabilidade do desvalor da conduta, correspondem aos seguintes quatro conceitos do tipo subjetivo de crime: (1.1) dolo direto, (1.2) dolo eventual, (1.3) culpa consciente e (1.4) culpa inconsciente.

O Código Penal brasileiro segue a regra clássica de que as condutas são proibidas penalmente quando dolosas e, apenas excepcionalmente, se previstas expressamente na lei, quando culposas (art. 18, parágrafo único do CP).¹¹ No mesmo sentido são os Códigos Penais alemão (§ 15 do StGB)¹² e italiano (art. 42, *comma 2* CPI).¹³

execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

9. Veja-se: STF, ROHC 81.057-8, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.2005; STF, HC 93.820, rel. Min. Celso de Mello, j. 28.02.2012, p. 09.08.2013. p. 6-7; STF, RE 635.659, rel. Min. Edson Fachin, sem publicação oficial.
10. A Corte Constitucional italiana declarou a inconstitucionalidade de causa de agravamento da pena baseado em circunstância estritamente pessoal do autor do fato na decisão Corte Costituzionale, Sentenza 5-8 luglio 2010, (CASSAZIONE PENALE, 2010, v. 11, p. 3.746).
11. Art. 18 – Diz-se o crime: Crime doloso I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.
12. § 15 – Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.
13. Art. 42 – Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla

A legislação brasileira exige para a criminalização que a conduta tenha sido praticada, ao menos, culposamente (arts. 18 e 20, § 1º, do CP), sempre diferenciando legalmente o tipo subjetivo doloso (art. 18, I, do CP) do culposo (art. 18, II, do CP). Os crimes contra a ordem tributária dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990 são sempre dolosos.

O dolo direto é a modalidade mais tradicional de imputação subjetiva no direito penal. Os componentes do dolo direto são (i) representação e (ii) vontade do resultado descrito no tipo objetivo, conforme disciplina a primeira parte do art. 18, I, do CP.¹⁴ A verificação prática do dolo direto não impõe grande dificuldade quanto à verificação do dolo eventual. O dolo eventual é a previsão do resultado como altamente provável e a aceitação do resultado no momento de realização da conduta (art. 18, I, do CP).

(2) O elemento subjetivo especial é a descrição de característica especial da conduta que poderá integrar especialmente o tipo penal: (2.1) o motivo e (2.2) a finalidade da conduta humana.

(2.1) O motivo é a razão que impulsionou o autor da conduta, uma espécie de atitude interna e pessoal do autor, assim como os sentimentos, as convicções e os modos de pensar. Pode constar na narrativa da conduta incriminada na forma básica (e.g. art. 208, do CP), privilegiada ou minorada (e.g. art. 121, § 1º, do CP), qualificada (e.g. art. 121, § 2º, I, do CP) ou agravada (art. 61, III, *a*, do CP, por exemplo). O motivo é sempre uma característica do fenômeno criminal reconhecida pelo Direito dentro dos parâmetros de tipicidade e de legalidade.

(2.2) A finalidade é a intenção, o fim, o objetivo ou a utilidade prática da realização da conduta,¹⁵ que forma os denominados crimes de intenção, reconhecíveis pelas expressões legais “com o fim de” (e.g., art. 131 do CP), “a fim de” (e.g., art. 218-A do CP), “para o fim de”, “com a finalidade de” (e.g., art. 288-A do CP), “com intenção de” ou “para” (e.g., art. 155 do CP) obter algo. A finalidade e o motivo do crime (elemento subjetivo especial) especificam o dolo (elemento subjetivo geral), sendo igualmente abrangidos por ele.

É importante registrar alguns entendimentos clássicos, como o fato de que as características do crime descritas no tipo penal aparecem como dados da realidade reconhecidos juridicamente pelo direito penal a partir da sua metodologia científica. O ordenamento jurídico-penal apenas reconhece elementos da realidade prévia à intervenção legislativa, não podendo presumir ou criar artificialmente características do fato proibido, sob pena de ilegitimidade da punição e de ineficácia preventiva.

legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

14. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*. 12. ed. Bielefeld: Giesecking, 2016. p. 249, nm. 7 e 250, nm. 10; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale, parte generale*. 6. ed. Vinca: Wolter Kluwer, 2015. p. 336 e JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 295.
15. RUIVO, Marcelo Almeida, *Criminalidade financeira, contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 133.

WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 295-315. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042435].

As características objetivas e subjetivas da descrição legal do crime devem ser sempre provadas na instrução processual, em respeito à legalidade penal e à legitimidade do juízo condenatório. Portanto, a descrição típica de elementos como conduta, causalidade, dolo ou culpa e resultado criminal é feita com base na realidade, exigindo comprovação empírica para a sua verificação concreta. Destarte, são elementos que não podem ser imputados exclusivamente por meio de presunções ou de construções eminentemente jurídicas.

6. BEM JURÍDICO E A TÉCNICA DE TUTELA DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º DA LEI 8.137/1990)

Os crimes contra a ordem tributária do art. 1º da Lei 8.137/1990 estão enquadrados na tipologia clássica dos crimes de fraude fiscal que existem em diversos ordenamentos penais europeus.¹⁶

Em Portugal, há a fraude fiscal simples e qualificada nos arts. 103^{o17} e 104^{o18} do *Regime Geral de Infracções Tributárias* – REGIT. Na Espanha, encontra-se a defraudação fiscal

16. RUIVO, Marcelo. “Os Crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90)”. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 430-431.

17. Artigo 103.º *Fraude* – 1 – Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar por: a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração (...); b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária; c) Celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas. 2 – Os factos previstos nos números anteriores não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a (euro) 15000. 3 – Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

18. Artigo 104.º – *Fraude qualificada* – 1 – Os factos previstos no artigo anterior são puníveis com prisão de um a cinco anos para as pessoas singulares e multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas quando se verificar a acumulação de mais de uma das seguintes circunstâncias: a) O agente se tiver conluiado com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária; b) O agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções; c) O agente se tiver socorrido do auxílio do funcionário público com grave abuso das suas funções; d) O agente falsificar ou viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros documentos ou elementos probatórios exigidos pela lei tributária; e) O agente usar os livros ou quaisquer outros elementos referidos no número anterior sabendo-os falsificados ou viciados por terceiro; f) Tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável; g) O agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais. 2 – A mesma pena é aplicável quando: a) A fraude tiver lugar mediante a utilização de facturas ou documentos equivalentes por operações inexistentes ou por valores diferentes ou ainda com a intervenção de pessoas ou entidades diversas das da operação subjacente; ou b) A vantagem patrimonial for de valor superior a (euro) 50 000. 3 – Se a vantagem

do art. 305 do CP, que exige o engano capaz de propiciar benefícios fiscais indevidos.¹⁹ Na Itália, há os crimes de declaração fraudulenta mediante o uso de faturas ou outros documentos de operações inexistentes (art. 2),²⁰ declaração fraudulenta mediante outros artifícios (art. 3),²¹ declaração infiel (art. 4),²² omissão de declaração (art. 5º)²³ e ocultamento

patrimonial for de valor superior a (euro) 200 000, a pena é a de prisão de 2 a 8 anos para as pessoas singulares e a de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas colectivas. (...).

19. BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 221-222.

20. Art. 2. *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* 1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica in una delle dichiarazioni (...) relative a dette imposte elementi passivi fittizi. 2. Il fatto si considera commesso avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti quando tali fatture o documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie, o sono detenuti a fine di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

21. Art. 3. *Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici*. 1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2, e' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, compiendo operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente ovvero avvalendosi di documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento e ad indurre in errore l'amministrazione finanziaria, indica in una delle dichiarazioni relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi o crediti e ritenute fittizi, quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa e' superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro trentamila; b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, e' superiore al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o comunque, e' superiore a euro un milione cinquecentomila, ovvero qualora l'ammontare complessivo dei crediti e delle ritenute fittizie in diminuzione dell'imposta, e' superiore al cinque per cento dell'ammontare dell'imposta medesima o comunque a euro trentamila. 2. Il fatto si considera commesso avvalendosi di documenti falsi quando tali documenti sono registrati nelle scritture contabili obbligatorie o sono detenuti a fini di prova nei confronti dell'amministrazione finanziaria. 3. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non costituiscono mezzi fraudolenti la mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili o la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali.

22. Art. 4. *Dichiarazione infedele* 1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 2 e 3, e' punito con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi ((inesistenti)), quando, congiuntamente: a) l'imposta evasa e' superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, a euro ((centocinquantomila)); b) l'ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi ((inesistenti)), e' superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, e' superiore a ((euro tre milioni)). (4) ((1-bis. Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilita' di elementi passivi reali. 1-ter. Fuori dei casi di cui al comma 1-bis,

WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso "ICMS declarado e não pago" – Brasília/DF).

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 200. ano 32. p. 295-315. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042435].

ou destruição de documentos contábeis (10°),²⁴ do Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74. Na mesma linha na Alemanha, existe o crime de fraude tributária (*Steuerhinterziehung*, § 370)²⁵ do Código Tributário (*Abgabenordnung* – AO).²⁶

non danno luogo a fatti punibili le valutazioni che singolarmente considerate, differiscono in misura inferiore al 10 per cento da quelle corrette. Degli importi compresi in tale percentuale non si tiene conto nella verifica del superamento delle soglie di punibilità previste dal comma 1, lettere a) e b).

23. Art. 5. *Omessa dichiarazione* 1. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa e' superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila. 1-bis. E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque non presenta, essendovi obbligato, la dichiarazione di sostituto d'imposta, quando l'ammontare delle ritenute non versate e' superiore ad euro cinquantamila. (...)
24. Art. 10 – *Occultamento o distruzione di documenti contabili*. 1. Salvo che il fatto costituisca piu' grave reato, e' punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di consentire l'evasione a terzi, occulta o distrugge in tutto o in parte le scritture contabili o i documenti di cui e' obbligatoria la conservazione, in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume di affari.
25. § 370 *Steuerhinterziehung* (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht, 2. die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt oder 3. pflichtwidrig die Verwendung von Steuerzeichen oder Steuerstemplern unterlässt und dadurch Steuern verkürzt oder für sich oder einen anderen nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1. in großem Ausmaß Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, 2. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger oder Europäischer Amtsträger (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) missbraucht, 3. die Mithilfe eines Amtsträgers oder Europäischen Amtsträgers (§ 11 Absatz 1 Nummer 2a des Strafgesetzbuchs) ausnutzt, der seine Befugnisse oder seine Stellung missbraucht, 4. unter Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt, 5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, Umsatz- oder Verbrauchssteuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt oder 6. eine Drittstaat-Gesellschaft im Sinne des § 138 Absatz 3, auf die er alleine oder zusammen mit nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Außensteuergesetzes unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden oder bestimmenden Einfluss ausüben kann, zur Verschleierung steuerlich erheblicher Tatsachen nutzt und auf diese Weise fortgesetzt Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt. (4) Steuern sind namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden; dies gilt auch dann, wenn die Steuer vorläufig oder unter Vorbehalt der Nachprüfung festgesetzt wird oder eine Steueranmeldung einer Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht. Steuervorteile sind auch Steuervergütungen; nicht gerechtfertigte Steuervorteile sind erlangt, soweit sie zu Unrecht gewährt oder belassen werden. Die Voraussetzungen der Sätze 1 und 2 sind auch dann erfüllt, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können. (5) Die Tat kann auch hinsichtlich solcher Waren begangen werden, deren Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr verboten ist. (6) Die Absätze 1 bis 5 gelten auch dann, wenn sich die Tat auf Einfuhr- oder Ausfuhrabgaben bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden oder die einem Mitgliedstaat

WUNDERLICH, Alexandre; RUIVO, Marcelo Almeida. Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso "ICMS declarado e não pago" – Brasília/DF).
 Revista Brasileira de Ciências Criminas. vol. 200. ano 32. p. 295-315. São Paulo: Ed. RT, jan./fev. 2024.
 DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10042435].

Concordamos que a denominação sonegação fiscal não é tecnicamente apropriada e remete à antiga Lei 4.729/1965.²⁷ O art. 1º estabelece condutas lesivas aos bens jurídicos “verdade informacional” e “receita tributária”. O tipo legal de crime é realizado por meio da fraude à verdade, honestidade e à transparência da informação prestada, nas formas previstas nos incisos, reduzindo ou suprimindo a receita tributária na forma prevista do *caput*.²⁸

A doutrina ensina que o autor da conduta deve agir com má-fé e demonstrar dolo de fraudar a verdade informacional, com a finalidade específica de diminuir ou reduzir a receita tributária. A razão da prática da fraude é justamente o benefício em diminuir ou reduzir a receita tributária. Trata-se de um crime de intenção no qual o autor realiza uma das condutas do tipo lesando/atingindo um bem jurídico (verdade informacional) para atingir a sua intenção de lesar/atingir outro valor jurídico tutelado (receita tributária).²⁹ Essa compreensão técnica da pluriofensividade do fenômeno ora exposto é fundamental para o entendimento do caso.

7. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE RECEITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II DA LEI 8.137/1990)

7.1. Elemento objetivo do tipo: bem jurídico e resultado

Os crimes contra a ordem tributária previstos no art. 2º da Lei 8.137/1990 têm a mesma natureza jurídica, conforme consta no *caput* do dispositivo: *constitui crime da mesma natureza*. A natureza jurídica dos crimes é determinada pelo bem jurídico tutelado e ofendido pela conduta, *v.g.* crimes contra a vida (arts. 121 a 128 do CP), crimes contra o patrimônio (arts. 155 a 180-A do CP). Logo os crimes do art. 2º devem ofender os mesmos bens jurídicos ofendidos pelos crimes do art. 1º da Lei 8.137/1990.

der Europäischen Freihandelsassoziation oder einem mit dieser assoziierten Staat zustehen. Das Gleiche gilt, wenn sich die Tat auf Umsatzsteuern oder auf die in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 2008/118/EG des Rates vom 16. Dezember 2008 über das allgemeine Verbrauchsteuersystem und zur Aufhebung der Richtlinie 92/12/EWG (ABl. L 9 vom 14.1.2009, S. 12) genannten harmonisierten Verbrauchsteuern bezieht, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union verwaltet werden. (7) Die Absätze 1 bis 6 gelten unabhängig von dem Recht des Tatortes auch für Taten, die außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes begangen werden.”

26. Especificamente sobre o crime de fraude tributária e o respectivo bem jurídico tutelado, ver TIE-DEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen R-echtstexten*. 3 ed. München: Vahlen, 2011. p. 76-77.

27. SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 219.

28. RUIVO, Marcelo, “Os crimes de sonegação fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90)”. In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 448.

29. A intenção de fraudar para suprimir tributo aparece algumas vezes na jurisprudência com a denominação “dolo específico”, recentemente TJGO, AP Crim 100713-92.2015.8.09.0175, rel. Itaney Francisco Campos, 1ª Câmara, j. 14.03.2019, *DJe* 2718 de 01.04.2019; TJGO, AP Crim. 278964-74.2014.8.09.0044, rel. Fabio Cristovão de Campos Faria, 1ª Câmara, j. 25.10.2018, *DJe* 2626 de 12.11.2018.

A estrutura fundamental e majoritária das condutas do art. 2º da Lei 8.137/1990 é de crimes que ofendem igualmente a receita tributária por meio de fraudes. Os crimes dos incisos II³⁰ e III³¹ do art. 2º da Lei 8.137/1990 parecem, em uma primeira vista, exceções à estrutura fundamental.

Em nosso juízo, o bem jurídico tutelado no art. 2º, II é igualmente a receita tributária, mediante a ofensa de perigo de dano, mais leve que a exigida para configuração dos crimes do art. 1º. Os crimes contra a ordem tributária do art. 2º protegem a receita tributária, ainda mais amplamente diante do perigo de dano. A redação legal prevê três verbos nucleares, sendo o primeiro obrigatório e os outros dois, alternativos para a configuração do delito: “Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; (...)”

Acreditamos que o crime só restará caracterizado quando ocorrer (i) omissão de recolhimento (“deixar de recolher”) no prazo legal de valor de tributo ou de contribuição social, que foi (2) cobrada ou descontada, e que deveria ter sido recolhida aos cofres públicos. Isto é, se existirem duas condutas em sequência, sendo a primeira, a conduta ativa de descontar ou cobrar valor de tributo e a segunda, a conduta passiva de deixar de recolher no prazo legal o valor do tributo descontado ou cobrado com dolo de apropriação do valor.

Então, só existe o crime se o valor de tributo ou de contribuição social for “descontado” ou “cobrado” e deixar de ser recolhido. É imprescindível que o sujeito passivo tenha a posse provisória do valor de tributo que não lhe pertence (receita). Sem o desconto ou a cobrança do valor do tributo, não é fática e tecnicamente possível se apropriar de algo de terceiro.

Vê-se, pois, que o tipo do art. 2º é um crime de perigo de dano à receita tributária dividido nas diversas condutas previstas nos incisos, razão pela qual as penas mínima e máxima são consideravelmente mais baixas do que as do crime de dano do art. 1º.

A omissão de recolhimento penal tributário nunca é apenas o mero inadimplemento, que é próprio do ilícito tributário. Se assim o fosse, o ilícito tributário (inadimplemento) e o ilícito penal (crime) acabariam jurídica e eticamente iguais – o que, certamente, não o ocorre. E, portanto, estaria configurada a prisão por dívida, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 5º, LXVI).³² Inclusive, o próprio STF declarou expressamente que os crimes contra a ordem tributária não podem ser apenas uma espécie de “prisão por dívida”.³³

30. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

31. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal.

32. Art. 5º (...) LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

33. STF, ARE 999.425, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.03.2017. Repercussão Geral, Mérito DJe-050 DI 15.03.2017, p. 16.03.2017.

7.2. Elemento subjetivo do tipo de apropriação indébita: vontade de não repassar o valor com ânimo de apropriação

O elemento subjetivo geral do art. 2º, II da Lei 8.137/1990 é o dolo caracterizado pelo conhecimento e pela vontade de descontar ou de cobrar e não repassar o valor do tributo aos cofres públicos. Toda apropriação indébita tem presente uma finalidade específica de apropriação da coisa possuída, que vai além da conduta simples de tomar para si ou deixar de repassar no prazo determinado. É o chamado ânimo de apropriação (*animus rem sibi habendi*), qualidade essencial do gênero apropriação indébita.³⁴

É assim que ocorre no crime de apropriação indébita (art. 168, do CP)³⁵, no qual existe a “intenção definitiva de não restituir a coisa ou desviá-la do fim para que foi entregue ou a ciência de que se torna impraticável uma coisa ou outra.”³⁶

Logo, entendemos a apropriação indébita tributária como uma omissão de recolhimento qualificada em termos subjetivos pela existência da finalidade de apropriação. A específica forma redacional do tipo penal, todavia, não refere o verbo “apropriar”, causando a falsa impressão de que não seria necessária a verificação prática de que o sujeito que desconta ou cobra tributo age, efetivamente, com a finalidade de apropriação.

Essa falsa impressão tem, infelizmente, levado parte da jurisprudência a equívoco na interpretação do artigo. Veja-se que os tipos penais especiais da apropriação indébita tributária (art. 2º, II da Lei 8.137/1990) e da apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP)³⁷ não referem expressamente apropriação, diferentemente da apropriação indébita geral do Código Penal (art. 168 do CP). Isso não quer dizer que possa existir crime de apropriação indébita de qualquer espécie de coisa alheia, sem que se verifique a vontade de apropriação daquele que tem a posse da coisa ou do valor. A apropriação indébita previdenciária exige a finalidade de apropriação ou, segundo a terminologia empregada no causalismo, a manifestação do dolo específico de apropriação.³⁸

Portanto, o *animus* de apropriação reconhecido pela ciência jurídica é uma finalidade específica do tipo subjetivo abrangida pelo dolo. Essa finalidade específica era reconhecida

34. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, art. 155 a 196*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 7. p. 134.

35. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 603; SALVADOR NETTO. “Comentário ao art. 168”. In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 531. Basta ler o tipo: Art. 168 – Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

36. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, art. 155 a 196*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 7. p. 134.

37. Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

38. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 609.

no causalismo penal como “consciência e vontade de apropriar-se”³⁹ ou como “dolo específico” e assim segue sendo tratada na doutrina italiana.⁴⁰ É justamente por isso que a “intenção de restituir a coisa” retida afasta totalmente a possibilidade de configuração do delito de apropriação, porque a intenção de restituir é exatamente o contrário da intenção de apropriação exigida pelo tipo.⁴¹

O ânimo de apropriação (intenção da conduta) do art. 2º, II da Lei 8.137/1990 é o elemento fundamental capaz de distinguir duas situações absolutamente diferentes em termos fenomenológico, ético e jurídico: (i) a confissão de posse de valores de terceiro com fim de devolução e (ii) a confissão de posse de valores de terceiro com fim de apropriação.

Na linguagem do direito das obrigações, a primeira situação concretiza a máxima popular vulgarmente conhecida pela expressão “devo, não nego, pago quando puder”. Já a segunda hipótese é a vontade de posse do bem de terceiro, sem interesse de devolução e com intenção de apropriação. É evidente que somente a segunda situação pode caracterizar o crime do art. 2º, II da Lei 8.137/1990. Do contrário, o ato de boa-fé da declaração da dívida recai em desfavor do empresário brasileiro, fazendo com que o direito proteja aquele que opera de má-fé e penalize quem age de boa-fé.

A verdade é que o fenômeno de apropriação indébita deve se caracterizar pela existência da vontade ou da intenção de apropriação da coisa possuída sem que seja dono. Trata-se de característica do fenômeno criminal da apropriação indébita tradicionalmente conhecida no direito penal ocidental. A tradução técnica dessa característica na ciência penal e na jurisprudência brasileiras tem aparecido ora como dolo específico (vontade de apropriação) ou intenção de apropriação, ora como dolo com ânimo de apropriação da coisa possuída.

Em nosso juízo e em razão das questões jurídicas expostas, não há apropriação indébita patrimonial (art. 168 do CP), apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) e nem apropriação indébita tributária (art. 2º, II da Lei 8.137/1990) sem a forte vontade do autor em tomar para si algo que pertence a terceiro (*animus rem sibi habendi*). No caso da declaração de boa-fé do valor devido como ICMS e não pago, exige que se prove a vontade específica de apropriação.

8. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Vale lembrar que a nossa constatação técnica está clara em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, especificamente sobre o art. 168-A do CP, por exemplo:

39. CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice penale: complemento giurisprudenziale*. 14 ed., Padova: Cedam, 2013. p. 2685.

40. DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Codice penale commentato, Artt. 593-734, Leggi complementari*. 4 ed. Milanfiori Assago: Wolters Kluwer, 2015. v. 3. p. 1255. nm. 37.

41. DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Codice penale commentato, Artt. 593-734, Leggi complementari*. 4. ed. Milanfiori Assago: Wolters Kluwer, 2015. v. 3. p. 1255. nm. 37.

“Agravamento regimental. agravamento de instrumento. penal e processo penal. contrariedade ao art. 168-A do CP. Apropriação indébita previdenciária. Demonstração do *animus rem sibi habendi*. Necessidade.

1. O tipo do art. 168-A do Código Penal, embora tratando de crime omissivo próprio, não se esgota somente no ‘deixar de recolher’, isto significando que, além da existência do débito, haverá a acusação de *demonstrar a intenção específica* ou vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução, já que o agente ‘podia e devia’ realizar o recolhimento.

2. Agravamento regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Ag 1.388.275/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.05.2013).

Igualmente, o TRF da 5ª Região constata a necessidade de comprovação do *animus rem sibi habendi* especificamente para o crime do art. 2º, II da Lei 8.137/1990:

Penal e processual penal. Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Não recolhimento do imposto de renda retido na fonte, no prazo legal (Lei 8.137/90, Art. 2º, inciso II). Dificuldades financeiras comprovadas. Dolo específico não configurado. Fato atípico. A consumação do crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990 reclama esteja presente o *dolo específico*, consubstanciado na vontade livre e consciente do agente de inadimplir o imposto a que estava obrigado, restando caracterizado o *animus rem sibi habendi*. Os apelantes comprovaram que o não pagamento do Imposto de Renda Retido na Fonte se verificou em decorrência das dificuldades financeiras suportadas pela empresa, que, inclusive, acarretaram seu fechamento e penhora da sede para o pagamento de obrigações trabalhistas, impossibilitando-os, destarte, de proceder de maneira diversa. Apelação provida, para absolver os recorrentes, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP.”

(TRF5, Apelação 200583000148657, 1ª T., rel. Des. José Maria Lucena, j. 28.06.2007).

9. SUJEITO ATIVO DO CRIME DE APROPRIAÇÃO TRIBUTÁRIA. O CONTRIBUINTE EMITENTE DA NOTA É DEVEDOR DIRETO CONFESSO E NÃO DEPOSITÁRIO DE VALORES DO FISCO

É possível dizermos que as elementares normativas do tipo penal sob exame estão fundadas em entendimentos do direito tributário. No caso do ICMS declarado e não pago, o sujeito ativo do crime de apropriação indébita não pode ser o empresário que deve o tributo diretamente e destaca o valor na nota fiscal de venda da mercadoria ou de prestação do serviço. O valor destacado é o tributo por ele devido naquela operação, pouco importando se será incluído no preço final do produto. Se não o for incluído no preço final do produto, ainda assim o devedor do tributo só poderá ser o emitente da nota, que precisará descontar o tributo do valor total recebido.

Em nosso racional, o valor destacado na nota fiscal é o montante do tributo devido pelo contribuinte e não algum valor de terceiro que está em posse do emissor da nota.

A bem ver, o empresário que destaca o valor do tributo na nota fiscal é contribuinte direto emissor da nota fiscal e não de substituto tributário, de modo que o valor do tributo destacado na nota é devido por ele diretamente. O fato gerador ocorre com a circulação do produto que chega às prateleiras do supermercado, por exemplo.⁴² Isso impede que o contribuinte realize o tipo objetivo do art. 2º, II da Lei 8.137/1990. O emitente da nota fiscal do ICMS não tem capacidade exatória para ser recolhedor ou cobrador de impostos do consumidor. O emitente da nota fiscal apenas prevê o valor do tributo e o inclui no seu preço final junto com os demais custos de produção. É algo diferente, por exemplo, do que ocorre no ICMS-ST repassado de uma empresa a outra empresa na cadeia de produção.⁴³

Tecnicamente, o empresário que declara o valor devido de ICMS e deixa de recolhê-lo ao Fisco é contribuinte devedor confesso e não possuidor de valores de terceiro. A sua relação com o Fisco é obrigacional – devendo pagar o valor do tributo referente à operação que realizou – e não de depositário de valores de terceiro que eventualmente poderiam ser apropriados indevidamente. Assim, não há retenção ilegal de valores de terceiro mediante fraude, o que consequentemente demanda um visível esvaziamento do tipo. É por isso, inclusive, que a ação do Fisco para receber os valores é uma ação de execução de um título declaratório de uma dívida e não uma ação de entrega de valores de terceiros dos quais o contribuinte tem a posse.

Na prática, o empresário contribuinte do ICMS não tem a possibilidade jurídica de descontar (retenção pela fonte pagadora) ou de cobrar (substituição tributária) o valor do tributo.⁴⁴ Trata-se visivelmente de sujeito passivo da espécie *contribuinte* e não *responsável* ou *substituto* tributário.⁴⁵ Neste particular aspecto, em nossa opinião, a sua qualidade de sujeito passivo contribuinte, devedor e honestamente confesso desqualifica totalmente a eventual hipótese de ser sujeito ativo de uma apropriação do valor devido que nunca chegou a ser de propriedade do Estado.

42. PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 351.

43. Sobre substituição e não cumulatividade, PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 158 e s. O ICMS próprio é devido pelo próprio comerciante (contribuinte), ao contrário do ICMS-ST (substituição tributária), conforme BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SANTIAGO, Igor Mauler. *Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei e a jurisprudência*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-dez-12/consultor-tributario-prisao-divida-icms-violconstituicao].

44. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SANTIAGO, Igor Mauler. *Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei e a jurisprudência*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-dez-12/consultor-tributario-prisao-divida-icms-violconstituicao].

45. Art. 121 do CTN: *Sujeito passivo* da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. *Parágrafo único*. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: *I – contribuinte*, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; *II – responsável*, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei. (Grifos nossos)

10. SÍNTESE DO MEMORIAL TÉCNICO

Diante dos fatos em questão, da decisão do STJ examinada e da ciência penal contemporânea, o resumo das razões que fundamentam o presente Memorial Técnico pode ser apresentado da seguinte forma:

1º quesito. Há conformidade constitucional e legal na interpretação realizada pela Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no HC 399.109/SC, no sentido de que toda e qualquer declaração de tributo, sem pagamento do valor do tributo, concretiza o crime de apropriação indébita de receita tributária do art. 2º, II da Lei 8.137/1990?

Não. Em nosso juízo, a interpretação, realizada por maioria, no julgamento do STJ está equivocada, pois desconsidera a integralidade dos elementos objetivos e subjetivos descritos no tipo legal de crime do art. 2º, II da Lei 8.137/1990, violando os princípios da legalidade (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP), da ofensividade (art. 98, I, da CF) e da culpabilidade (responsabilidade penal subjetiva – arts. 1º, III da CF e 18 do CP).

2º quesito. Quais são os elementos do tipo objetivo e subjetivo do crime de apropriação indébita tributária necessários para a legítima imputação da responsabilidade penal pelo art. 2º, II da Lei 8.137/1990?

A omissão de má-fé, dolosa, de recolhimento de “valor de tributo ou de contribuição social, descontada ou cobrada” causadora de dano à receita tributária, com o *ânimo* de apropriação do valor devido sobre posse temporária do contribuinte. O tipo subjetivo prevê o dolo de omitir o recolhimento, com *ânimo* ou fim de apropriação do valor descontado ou cobrado que não lhe pertence. É preciso observar os critérios dos tipos objetivo e subjetivo da conduta de apropriação, conforme as exigências constitucionais de legalidade, ofensividade e culpabilidade, impedindo que o direito penal se torne mero instrumento gravoso de arrecadação administrativa tributária.

É, em síntese, o memorial técnico.

11. BIBLIOGRAFIA

- BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht, allgemeiner Teil; Lehrbuch*. 12. ed. Bielefeld: Giesecking, 2016.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SANTIAGO, Igor Mauler. Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei e a jurisprudência. *Conjur*, 12.12.2018.
- CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Alberto. *Elementi di diritto penale, parte generale*. 6. ed. Vinca: Wolter Kluwer, 2015.
- CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. “Criminalidade econômica e denúncia genérica: uma prática inquisitiva”. In: BONATO, G. (Org.), *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 203-222.
- CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice penale: complemento giurisprudenziale*. 14 ed. Padova: Cedam, 2013.

- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código penal comentado*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOLCINI, Emilio; GATTA, Gian Luigi. *Codice penale commentato, Artt. 593-734, Leggi complementari*. 4. ed. Milanfiori Assago: Wolters Kluwer, 2015. v. 3.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, art. 155 a 196*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v. 7.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, allgemeiner Teil*. 5 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ROCHA, Roberval. *Direito Tributário*. 4 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
- RUIVO, Marcelo. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- RUIVO, Marcelo. "O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006)". *Boletim IBCCRIM*, v. 281, p. 12-13, 2016.
- RUIVO, Marcelo. "Os Crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º, Lei 8.137/1990)" In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida. *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 429-452.
- SALVADOR NETTO. "Comentário ao art. 168" In: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- TIEDEMANN, Klaus, *Wirtschaftsstrafrecht: Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten*. 3 ed. München: Vahlen, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Tributário

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

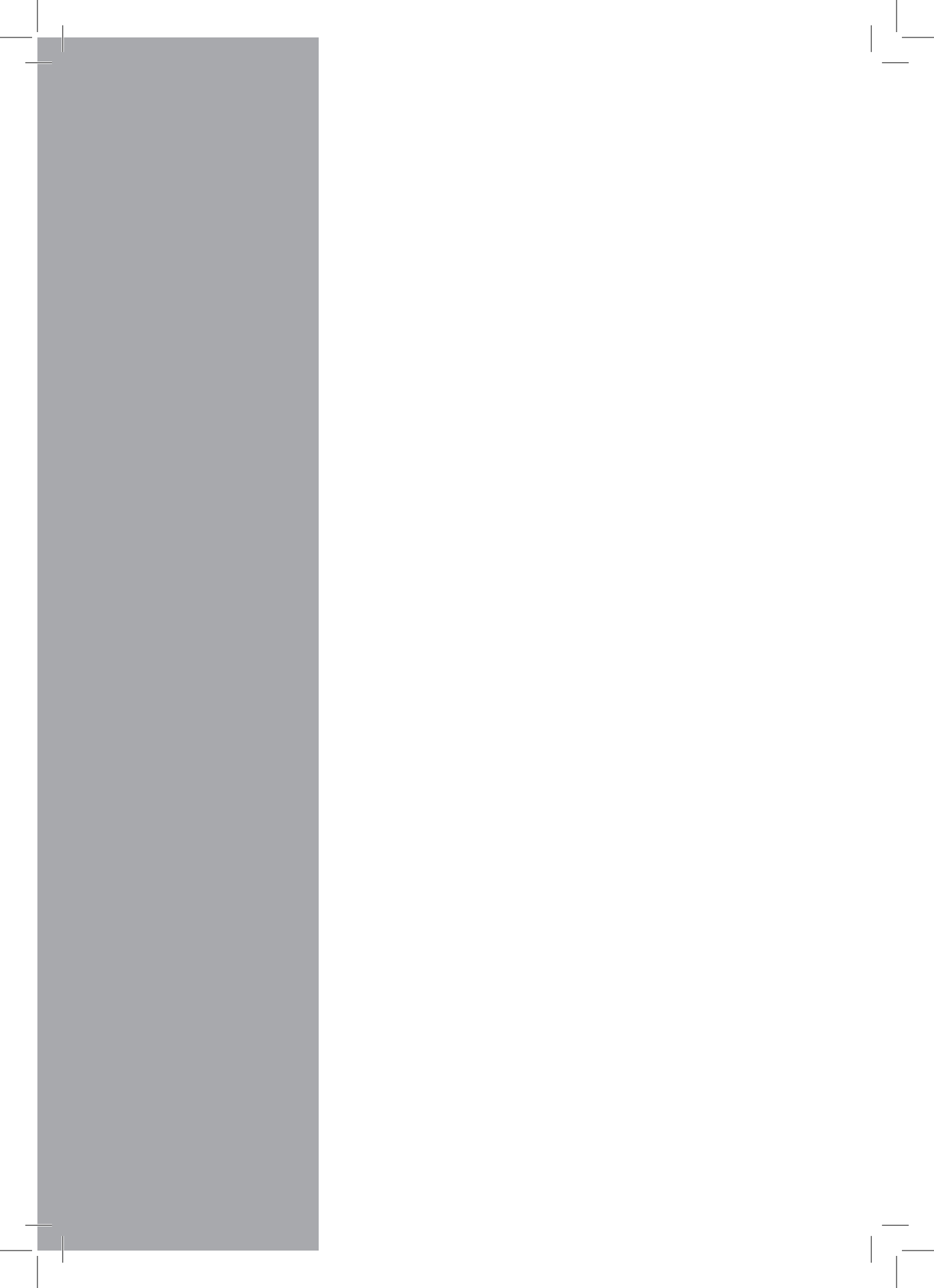
- A criminalização do inadimplemento tributário do ICMS, de Leandro Raduswesi Quintal – *RDPEC* 6/121-143;
- A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF, de Fernando Oscar Castelo Branco e José Carlos Cardoso Souza – *RBCCrim* 182/121-159;
- Da responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes tributários, de Cristiano Elias – *RT* 1029/197-212;
- O crime de apropriação indébita tributária e o não recolhimento de ICMS próprio, de André Luis Ulrich Pinto – *RDTC* 27/255-277;
- O dever fundamental de recolher ICMS e o crime de apropriação indébita nos termos do entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal: a excludente de culpabilidade em razão da excepcionalidade epidêmica, de Antônio de Pádua Marinho Monte e Daury Cesar Fabríz – *RT* 1047/311-326;
- Os processos criminais envolvendo delitos tributários: um cenário de dificuldades, de Claudia da Rocha e Gabriel Bertin de Almeida – *RDPEC* 6/63-79; e
- Reflexões sobre a criminalização do não recolhimento de ICMS declarado, de Bruno Tadeu Buonicore, Gilmar Mendes, Juliana Queiroz Ribeiro e Tarsila Ribeiro Marques Fernandes – *RBCCrim* 167/129-147.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJ/SP, AgIn 3001948-57.2022.8.26.0000, j. 13.05.2022, *DJe* 13.05.2022.

The background features a large, light gray circle on the right side, with several thin, curved lines radiating from its edge towards the bottom left. The overall design is minimalist and modern.

Entrevista



ENTREVISTA CONCEDIDA PELA PROFA. DRA. INGEBORG PUPPE A BEATRIZ CORRÊA CAMARGO E WAGNER MARTELETO FILHO

*INTERVIEW WITH PROF. DR. INGEBORG PUPPE BY BEATRIZ
CORRÊA CAMARGO AND WAGNER MARTELETO FILHO*



INGEBORG PUPPE

(1941)

Professora Titular de Direito Penal da Universidade de Bonn, Alemanha. Doutora e Livre-Docente pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
puppe@jura.uni-bonn.de

ENTREVISTADORES:

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Bonn. Realizou estágios de Pós-doutorado nas Universidades de Bonn e de São Paulo.

Professora visitante na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlim pelo programa CAPES/Alexander-von-Humboldt entre os anos de 2019 e 2020.

Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia.

Lattes CV: [lattes.cnpq.br/2140801364233810].

ORCID: [orcid.org/0000-0001-8080-0662].

beatrizcamargo@ufu.br

WAGNER MARTELETO FILHO

Doutor em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
Investigador do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
Lattes: [lattes.cnpq.br/9307931102468661].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-3905-5925].
wmarteleteo@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10182970].

RESUMO: Ingeborg Puppe é professora emérita de Direito Penal da Universidade de Bonn, na Alemanha. Puppe constitui hoje um dos principais nomes da dogmática penal no cenário internacional. Nesta entrevista, a professora fala de sua visão a respeito de temas como dolo e causalidade, compartilhando suas impressões a respeito da vida acadêmica e da produção científica do direito penal. Em 11 de janeiro de 2024 ela completará 83 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Dolo – Dolo eventual – Causalidade – Dogmática penal – Ingeborg Puppe.

ABSTRACT: Ingeborg Puppe is Professor Emeritus of Criminal Law at the University of Bonn, Germany. Puppe is today one of the leading names in criminal dogmatics on the international scene. In this interview, she talks about her views on topics such as intent and causation, and shares her impressions of academic life and the scientific production of criminal law. She will be 83 years old on January 11, 2024.

KEYWORDS: Intent – Recklessness – Causation – Criminal dogmatics – Ingeborg Puppe.

SUMÁRIO: 1. Algumas notas sobre a vida acadêmica de Ingeborg Puppe. 2. Entrevista concedida a Beatriz Camargo e Wagner Marteleto em maio de 2023. 3. *Curriculum vitae* resumido – Profa. Dra. Ingeborg Puppe. 4. Registros fotográficos de Ingeborg Puppe no Brasil.

1. ALGUMAS NOTAS SOBRE A VIDA ACADÊMICA DE INGEBOURG PUPPE

Ingeborg Puppe nasceu no dia 11 de janeiro de 1941, na cidade de Lodz, na Alemanha.

No ano de 1970, concluiu sua tese de doutorado, na Faculdade de Direito de Heidelberg, sobre orientação de Karl Lackner, com o título “*Die Fälschung technischer Aufzeichnungen*” (*Falsificação de registros técnicos*), que foi publicada em 1972. O trabalho, que teve por objeto a hipótese específica de falsidade documental tipificada no §268 do StGB, ainda é considerado a principal publicação sobre o tema. Sua tese de livre-docência foi apresentada no ano de 1977, tendo como tema o concurso de crimes, sob o título “*Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*” (*Concurso ideal e unidade delitiva*). No mesmo ano de 1977, tornou-se Professora na Universidade de Bonn, onde ainda trabalha como Professora Emérita desde 2006.

A influência de *Ingeborg Puppe* na dogmática penal das quatro últimas décadas é inestimável. A Professora dedicou-se, apaixonadamente, a múltiplos temas do Direito Penal,

notadamente ao estudo do *dolo*¹, da *causalidade*², e do *concurso de pessoas*³ sempre com a aplicação de rigorosa metodologia analítica, bem como com grande atenção à jurisprudência – tanto assim, que seu festejado Manual já conta, no título, com o predicado de que se trata da parte geral do direito penal “no espelho da jurisprudência”⁴.

Vamos apenas chamar atenção, aqui, para alguns pontos nucleares dessa prolífera vida acadêmica.

Na temática do dolo, *Puppe* desenvolveu sua teoria do “perigo doloso” (*Vorsatzgefahr*), em que realiza a defesa de uma específica versão das teorias cognitivas e da probabilidade, acentuando a necessidade de se considerar, para a aferição do dolo, a qualidade do perigo realizado (perigo este que deve representar uma “estratégia idônea de realização do tipo”), em uma análise racional, em que o juízo sobre a qualidade do risco não compete ao agente, mas sim ao julgador⁵.

No campo da teoria da causalidade, *Puppe* realizou incisivas críticas à teoria da equivalência, especialmente no tocante à fórmula da *conditio sine qua non* (que considera errônea e inútil, conforme mencionado na presente entrevista pela própria Autora), apresentando uma teoria bastante particular, a saber, a teoria da causa como “componente necessária de uma condição suficiente do resultado”⁶.

No aspecto da metodologia, *Puppe* também publicou importantes trabalhos, como talvez o mais conhecido *Kleine Schule des juristischen Denkens* (4. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck, 2019), em que aplica o método analítico e a teoria da argumentação jurídica para a solução de casos práticos e problemas clássicos da literatura penal, além da ampla coletânea de artigos reunidos no livro *Strafrechtsdogmatische Analysen* (Bonn: Bonn University Press, 2006).

Digno de nota, também, os comentários da Autora no âmbito do clássico *Nomos Kommentar* ao Código Penal alemão, especialmente no tocante aos §§ 13, 15 e 16, acerca da causalidade, da culpa e do dolo, além dos §§ 267 e 268, sobre falsidade documental⁷.

Nessa brevíssima apresentação, seria impossível nomear todas as publicações de relevo da Autora. Por isso, as referências citadas são apenas uma alusão exemplificativa de temas nucleares da dogmática.

Nesse sentido, vale lembrar que alguns dos textos de Ingeborg Puppe foram reunidos e publicados no Brasil em duas obras, a saber: *A distinção entre dolo e culpa* (Barueri: Manole, 2004), com organização, tradução e notas de Luís Greco, e *Estudos de imputação objetiva*

1. Begriffskonzeptionen des dolus eventualis. GA 2006, p. 65-79; Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis. ZStW 103 (1991), p. 1-42.
2. Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), p. 863-911.
3. V.g. Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA, 1984; Die Architektur der Beteiligungsformen, GA, 2013.
4. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Im Spiegel der Rechtsprechung*. 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2023.
5. O texto seminal sobre o assunto foi: Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis. ZStW 103 (1991), p. 1-42.
6. Cf., entre outros textos: Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), p. 863-911; Alternative Kausalität und notwendige Bedingung Zu der neuen logischen Konzeption der Mehrfachkausalität von Kindhäuser. ZIS 6 (2012), p. 268-270; §13 NK, 2013, n.m. 62.
7. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Hrsg.). *NomosKommentar*. Strafrechtsgesetzbuch, Band 1. 4. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2013.

e subjetiva (São Paulo: Marcial Pons, 2019), com organização de Beatriz Camargo e Wagner Marteleto Filho.

Por fim, cumpre apenas agradecer à Professora Puppe, pela gentileza em atender ao nosso pedido de entrevista, pela atenção que sempre teve conosco e, mais especialmente, por todos os inestimáveis contributos da Autora ao Direito Penal, realizados em uma vida dedicada a ele, como pouco já se viu.

2. ENTREVISTA CONCEDIDA A BEATRIZ CAMARGO E WAGNER MARTELETO EM MAIO DE 2023

1. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Professora Puppe, primeiramente, agradecemos muitíssimo por nos conceder essa entrevista!

Para nós, é uma grande honra poder ouvi-la sobre temas importantes para a dogmática penal, e, sobretudo, poder aprender da sua experiência pessoal como docente e cientista do Direito Penal.

Em uma conversa que tivemos no Brasil, no ano de 2018, a senhora mencionou que a sua escolha pelo Direito não foi uma escolha imediata, pois havia outros ramos da ciência de seu interesse, sobretudo na área das ciências exatas. A senhora poderia nos contar o que a fez decidir pelo Direito e, principalmente, pelo Direito Penal?

Ingeborg Puppe: Se um bacharel me pedisse um conselho a respeito do que ele deveria estudar, a minha primeira pergunta seria: com o que você mais gosta de lidar, com palavras ou com números? Se ele me dissesse, “com números”, então eu o aconselharia a estudar ciências empíricas ou a realizar um curso técnico; se ele me dissesse, “com palavras”, eu o aconselharia a cursar ciências humanas – talvez também recomendasse o Direito. Eu gosto mais de trabalhar com a linguagem. Me dá prazer apresentar relações complicadas por meio de frases simples e claras. Eu reflito demoradamente sobre a ordem lógica dessas frases antes de, pela primeira vez, pronunciá-las no gravador de voz. Por isso eu me tornei cientista do Direito, e o que me atraiu, no Direito Penal, foi sua proximidade com a filosofia prática e o esforço para encontrar conexões sistemáticas e clareza conceitual. Contudo, nos últimos anos, ambos os aspectos diminuíram intensamente para nós.

2. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Professora Puppe, um dos temas que destaca a sua obra diz respeito à causalidade no Direito Penal. Quando a Sra. escreveu pela primeira vez sobre o assunto em um artigo de 1980, tratava-se de um tema que havia caído em um relativo esquecimento, não é verdade? O que a motivou falar sobre isso?

Ingeborg Puppe: Eu vi que aquela fórmula da “conditio-sine-qua-non”, ensinada, à época, a torto e a direito na Universidade, era logicamente errada e não oferecia qualquer

8. Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863. Traduzido para o espanhol por Marcelo D. Lerman und Marcelo A. Sancinetti: El resultado y su explicación causal en Derecho penal, publicado na revista eletrônica InDret 4/2008 e depois também em Sancinetti (org.). *Causalidad, riesgo e imputación*. Buenos Aires, 2009, p. 245-298.

método de como a causalidade é determinada, mas é somente uma fórmula confortável, que se pode escrever, quando já se sabe, ou de todo modo se acredita, que a ação analisada foi causal para o resultado. Se a fórmula da condição necessária conduz a conclusões obviamente erradas, ela simplesmente é alterada até que se obtenha o resultado correto. Se o erro não fosse tão evidente, ele simplesmente permanecia. O método correto para se determinar a causalidade entre a causa individual e o resultado já estava disponível desde 1931: A teoria da condição segundo uma lei natural, de Engisch. Contudo, Engisch não disse, nesse lugar, qual a relação lógico-condicional entre a causa individual e o resultado necessitava se verificar; isso se mantinha de algum modo oculto em um outro lugar. Eu apanhei essa determinação lógica da relação condicional, pois me incomodava que se ensinasse aos estudantes, em todos os lugares, a teoria da condição necessária, embora todos soubessem que ela é falsa. Até hoje nada mudou sobre isso. Para que isso ocorra é suficientemente simples: não se necessita de uma condição necessária, basta uma (condição) suficiente. Uma ação nunca é uma condição suficiente para um resultado, mas é possível que ela seja uma parte necessária de uma condição suficiente, a qual, no caso individual, esteja completamente preenchida.

3. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Queremos aproveitar essa discussão para abordar uma questão acerca da teoria da causalidade. No Direito Penal, a senhora define causa como um componente necessário de uma condição suficiente do resultado. Essa visão tem ganhado novos adeptos (conforme se verifica, por exemplo, na edição atual do *Manual de Direito Penal – Parte Geral I*, de Claus Roxin e Luís Greco). Houve algum avanço na sua perspectiva sobre a causalidade desde que passou a defender esse conceito?

Ingeborg Puppe: Minha concepção acerca da determinação da relação condicional entre causa individual e resultado não se alterou, mas ela se desenvolveu, na medida em que eu não reconheço apenas ações como causa individual, mas também propriedades de ações. Foi assim que cheguei a determinar a causalidade da violação do dever de cuidado com auxílio da fórmula da condição suficiente, enquanto o BGH ainda trata esse requisito, como antes, pela fórmula da *conditio-sine-qua-non*. Por essa razão, em casos de dupla causalidade e de causalidade interrompida relativos às propriedades da ação contrária ao dever de cuidado, o BGH chegou a resultados errados e a absolvições injustificadas.

4. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Sobre a teoria da causalidade, há uma parceria de grande importância no trabalho que a senhora desenvolve sobre esse assunto, que é a de Richard W. Wright. A sra. poderia nos contar como se deu esse contato e em que medida a obra de Richard Wright influenciou a sua própria visão sobre a causalidade no direito penal?

Ingeborg Puppe: Eu descobri o artigo de Wright, do ano de 1983, apenas muitos anos depois de ter publicado meu artigo sobre causalidade (1980) e o artigo sobre a relação entre a violação do dever de cuidado e o resultado (1987). Com Wright eu descobri, então, ambos: Tanto a teoria da condição mínima suficiente, como também a da causalidade da propriedade contrária ao dever de cuidado de uma ação, chamada por Wright como “causalidade dos aspectos errados” (causalidade *of the wrongfull aspects*). Mas eu também descobri que este pensamento, diferentemente do que geralmente se afirma internacionalmente e na

Alemanha, não tem origem no filósofo australiano *Mackie*, e sim foi introduzido, na discussão jurídica, por *Hart* e *Honoré*. Contudo, o trabalho de *Hart* e *Honoré* não encontrou, nem no espaço de fala anglo-americano, nem tampouco na Alemanha, qualquer atenção. Isso sempre me chateou, e eu disse a mim mesma: Ingeborg, junte seu pouco inglês da escola e escreva uma carta a *Honoré*. Feito isso, disse a mim mesma: Por que não escrever agora também uma carta à *Wright*? Assim começamos nosso estreito trabalho científico conjunto por anos.

5. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Por fim, ainda quanto à causalidade, é notória a dedicação que a senhora dedica à chamada causalidade psíquica, isto é, a tentativa de explicar causalmente as decisões humanas. A título de elucidar a importância dessa discussão, a senhora poderia nos dizer qual a sua visão sobre a ideia de romper com um conceito unitário de causalidade, a fim de abarcar os casos de causalidade psíquica no Direito Penal?

Ingeborg Puppe: A consciência da distinção entre causalidade física e psíquica, que os hegelianos ainda mantiveram, foi perdida sob o domínio da fórmula da *conditio-sine-qua-non*, pois, caso se acredite, seja por qual fundamento seja, que o comportamento de uma pessoa se tornou causal para a decisão de outrem, então necessita-se apenas invocar, de cima a baixo, a fórmula da *conditio-sine-qua-non*. Afirma-se, simplesmente, que o outro não teria decidido deste modo, se o agente não o tivesse influenciado e, assim, tudo bem. Naturalmente, agora eu não podia mais me satisfazer com isso. Sem leis gerais válidas acerca de qual condição é suficiente para a ocorrência de um resultado, não há qualquer condição suficiente para sua ocorrência e, de resto, também nenhuma condição necessária. *Engisch* queria resolver o problema simplesmente postulando tais leis, embora nós não possamos especificá-las. Mas nós não temos o direito de simplesmente postular tais leis e, assim, um quadro determinístico do comportamento humano; além disso, tal quadro é inassociável com a representação da liberdade de ação humana e com a responsabilidade do homem. Portanto, nós precisamos, tal como os hegelianos já o fizeram, apresentar a denominada causalidade psíquica com fundamentos conceituais completamente distintos.

6. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Outro tópico em que a senhora é absoluta referência, de forma especial em países ibero-americanos, se refere ao conceito de dolo no Direito Penal. Nesse sentido, a teoria do perigo doloso defendida pela senhora tem recebido cada vez mais atenção na literatura, atraindo críticos e defensores na Europa e na América do Sul. Talvez uma das maiores controvérsias nesse âmbito se refira aos casos de obtenção do resultado buscado em situações de perigos reduzidos, com baixa probabilidade de êxito (como no caso de um tiro à longa distância, por um atirador que não domina a técnica de manuseio de armas). Como a Senhora responderia à objeção de que a teoria se apresenta demasiadamente rígida para resolver tais casos? O objetivo da segurança jurídica cobre o custo de possível injustiça no caso concreto? Pois, considerando o exemplo citado, o autor dos disparos conseguiu atingir exatamente o resultado ilícito que ele almejava.

Ingeborg Puppe: Encontra-se na consequência da teoria do perigo doloso, que também se exija um perigo doloso para o caso de o agente atuar com o propósito de produzir o

resultado. Contudo, não se pode derivar qualquer argumento a favor da teoria da vontade para o caso de se renunciar ao perigo doloso na hipótese de propósito/intenção (*Absicht*). Pois as teorias da vontade também trabalham com um conceito de dolo tripartido, o qual é completamente distinto para o propósito (dolo direto de primeiro grau – N.T.), para o conhecimento seguro (dolo direto de segundo grau – N.T) e para o *dolus eventualis*. Portanto, poder-se-ia, caso se insistisse incondicionalmente nisso, condenar por comportamento doloso o agente que atua com propósito, e se adotar, para a teoria do perigo doloso, um conceito de dolo tripartido.

7. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: Quem conhece a sua obra e já teve a oportunidade de ouvi-la pessoalmente percebe que parte considerável da sua vida acadêmica foi dedicada a formar juristas aptos ao trabalho da argumentação jurídica. Tanto que a senhora escreveu um livro sobre a metodologia na ciência do direito⁹ e lecionou durante diversos anos uma disciplina com o mesmo nome na Universidade de Bonn. Essa preocupação parece congrega uma pesquisa pessoal no campo da lógica, bem como um esforço de clareza didática que se expressa não somente na escrita, como também na fala, sobretudo com vistas à elucidação e aplicação de teorias nos casos concretos. Podemos dizer que essa preocupação da senhora pertence a uma vocação didática? Ou existe aqui um intuito de assentar os fundamentos para o trabalho científico entre os juristas? Nesse sentido, seria possível resumir os principais pontos de crítica que cabe ser feita em relação à argumentação jurídica praticada na atualidade?

Ingeborg Puppe: A discussão acerca dos métodos da ciência jurídica e da aplicação do Direito, na Alemanha, sofre pelo fato de se manter em um nível muito elevado e abstrato. A teoria sobre um método, contudo, somente é adequada se auxiliar àquele que deve aplicar o método a aplicá-lo melhor. Por isso eu escrevi o meu Manual: Para trazer a metodologia de sua elevada abstração e direcioná-la para os problemas jurídicos, para os aplicadores do direito, para os professores de Direito e, não menos importante, para os estudantes de direito.

8. Beatriz Camargo e Wagner Marteleto: No campo da dogmática penal, a senhora é hoje uma das penalistas mais conhecidas e citadas no mundo. Quando fazemos um recorte de gênero, porém, a senhora é uma das únicas mulheres nas ciências penais que conseguiram um reconhecimento tão grande. Como enxerga esse fato considerando o discurso atual a respeito da importância de incentivar a participação de mulheres no meio acadêmico?

Ingeborg Puppe: Desde cerca de 100 anos há mulheres juristas na Alemanha. E até bem pouco tempo atrás elas eram preteridas em todas as áreas, não apenas na divisão dos cargos, mas, desde que elas publicassem cientificamente, também na discussão científica. E disso eu entendo bem. Eu tenho a impressão de que as mulheres, em outras ciências, até mesmo nas ciências empíricas, se encontram, nesse sentido, em uma posição melhor. Contra essa situação algo deve ser feito de imediato. Mas caso se tente compensar, em cinco ou 10 anos, o que em 50 ou 100 anos não se conseguiu, se chega a outros mal-entendidos.

9. PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 5. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2023.

Não pode ser que um tradicional Instituto de filosofia do direito, que possui grandes nomes e é altamente reconhecido internacionalmente, e que até recentemente era uma atração internacional para jovens filósofos do direito, seja fechado sem substituição, para fins de se impedir que uma das interessadas na cadeira vaga aplicasse sua candidatura com meios políticos e o auxílio de instâncias políticas contra o colega imediato do Instituto. Isso aconteceu há pouco tempo em Bonn.

3. CURRICULUM VITAE RESUMIDO – PROFA. DRA. INGEBORG PUPPE¹⁰

11.01.1941

Nasceu em Łódź (Polónia), pai Siegmund Puppe, advogado, mãe Wanda Puppe, professora de matemática e física no ensino secundário.

1961

Conclui o ensino secundário no liceu feminino Kleine Helle, em Bremen, e começa a estudar Direito na Universidade de Heidelberg.

1965

Primeiro exame estatal de Direito perante o Gabinete de Exames do Estado de Baden-Württemberg

1966-1970

Estágio de advocacia no Tribunal Regional Superior Hanseático de Bremen, interrompido por uma licença científica para redação da sua tese de doutorado.

1970

Segundo exame estatal de Direito perante o Gabinete de Exame conjunto dos Estados de Hamburgo, Bremen e Schleswig-Holstein

1970

Doutoramento pela Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg com a tese “Die Fälschung technischer Aufzeichnungen” (A falsificação de registos técnicos), sob a orientação do Prof. Dr. Wilhelm Gallas.

1971-1977

Assistente na cátedra de Direito Penal e Processo Penal, Prof. Dr. Karl Lackner.

1977

Habilitação pela Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg com a tese “Ideal-konkurrenz und Einzelverbrechen”. Recebeu o prêmio *venia legendi* em Direito Penal, Direito Processual Penal e Teoria do Direito.

1977

Nomeação para a cátedra de Direito Penal e Direito Processual Penal na *Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*.

10. Disponível em: [www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-puppe/mitarbeiter/prof-dr-i-puppe/lebenslauf]. Acesso em: 05.07.2023.

4. REGISTROS FOTOGRÁFICOS DE INGEBOG PUPPE NO BRASIL



**Participação da Profa. Dra. Ingeborg Puppe no
24º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM, em 2018.**



Da esquerda para a direita: Beatriz Corrêa Camargo, Wagner Marteleto e Ingeborg Puppe.



Profa. Dra. Ingeborg Puppe autografando seu *Manual de Direito Penal* para o Dr. Wagner Marteleto Filho, na cidade de São Paulo, em outubro de 2018.

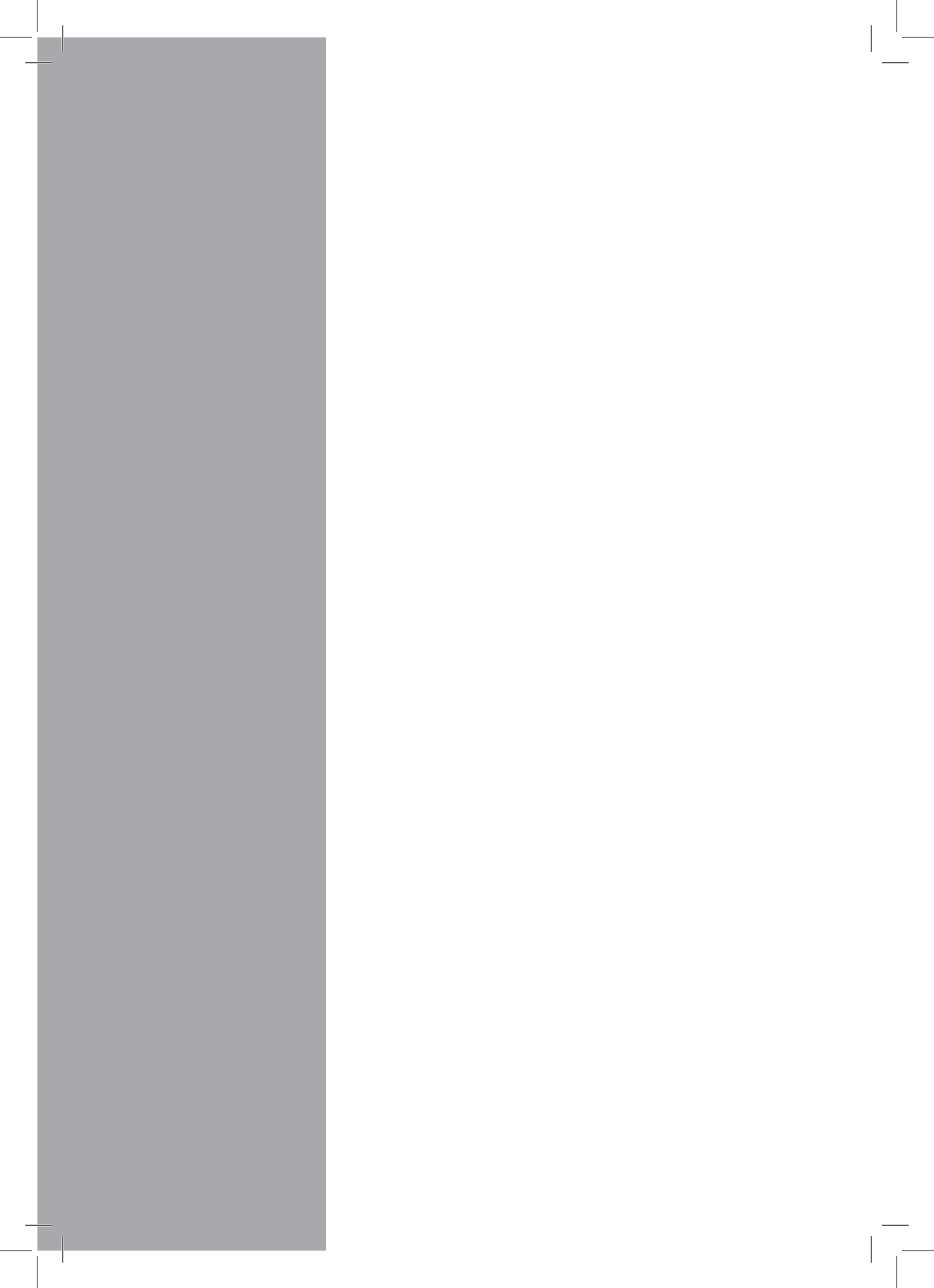


Profa. Dra. Ingeborg Puppe e Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo, por ocasião da palestra proferida na Universidade de São Paulo sobre o tema “A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado”, em outubro de 2018.



Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

B

BEDÊ JÚNIOR, Américo

- Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

BENEVIDES, Bruno Corrêa de Sá e

- Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

C

CAMARGO, Beatriz Corrêa
(Entrevistadora)

- Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós

- Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros

- A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

D

DURIGON, Luís Gustavo

- A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico, p. 107

F

FERRAZ, Hamilton Gonçalves

- Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

FRANÇA, Gisela

- A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

M

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral

- O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

MAGALHÃES, Eloi dos Santos

- “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

MARTELETO FILHO, Wagner
(Entrevistador)

- Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

MENDES, Paulo

- Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

N

NICOLITT, André

- A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

P

PUPPE, Ingeborg

- Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

R

RUIVO, Marcelo Almeida

- Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF), p. 295

S

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues

- O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

SERRA, Marco Alexandre de Souza

- O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

SHECAIRA, Sérgio Salomão

- Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

W

WALDER, Laleska

- Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

WUNDERLICH, Alexandre

- Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF), p. 295

TEMAS

A

Ação penal privada subsidiária da pública – A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

Anarquismo – Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

Aplicação da pena – Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

Atos de ofício – A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

Atuação do Ministério Público – A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

C

Causalidade – Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

Ceará – “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas fronteiras das

províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

Clarice Lispector – Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

Confissão de débito sem finalidade de apropriação – Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF), p. 295

Conflito legislação – “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

Contraditório – A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico, p. 107

Controle epistêmico – A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico, p. 107

Corrupção passiva e ativa – A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

Covid-19 – O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

Crime – “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

Crime político – Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

Criminologia – Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

Criminologia crítica – Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

Criminologia dos Condenados – Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

D

Decadência – A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

Diálogo – Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

Direito e literatura – Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

Direito penal – A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

Diretrizes de sentença (sentencing guidelines) – Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade

judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

Discricionariedade judicial – Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

Dogmática penal – Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

Dolo – Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

Dolo eventual – Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

E

Elementos típicos – A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

Encarceramento juvenil – O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

F

Finalidade de apropriação indébita – Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF), p. 295

Fraude fiscal – Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF, p. 295

Função pública – A venalidade do exercício da função pública como critério interpretativo dos crimes de corrupção passiva e ativa, p. 55

G

GDUCC Socioeducação – Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

Grupo de Diálogo Universidade Cárcere e Comunidade – Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

H

História do Brasil Republicano – Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

I

Inadimplemento tributário – Apropriação indébita tributária – Art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 (Parecer/Caso “ICMS declarado e não pago” – Brasília/DF), p. 295

Ingeborg Puppe – Entrevista concedida pela Profa. Dra. Ingeborg Puppe a Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho, p. 319

Integridade – Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworiniana, p. 23

Interpretação constitucional – A ação penal privada subsidiária da pública como direito fundamental e a sua insubmissão ao prazo decadencial do artigo 38 do Código de Processo Penal, p. 89

J

Justiça criminal – Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

M

Menorismo – O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

N

Nova Rota – Uma nova perspectiva de olhar o encarceramento: GDUCC, Nova Rota e a Criminologia dos Condenados, p. 273

P

Poder – “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

Poder punitivo – Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

Povos indígenas – “Cercar a aldeia dos índios”: conflito, poder e crime nas

fronteiras das províncias do Ceará, Pernambuco e Paraíba, p. 157

Processo histórico – Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

Proteção integral – O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

Prova – A dimensão probatória do contraditório como um instrumento de controle epistêmico, p. 107

Punição – Direito penal, criminologia crítica e literatura: elementos para a crítica aos fundamentos e às justificações da punição em Clarice Lispector, p. 213

R

Revolução – Anarquismo e criminologia no Brasil: a inserção das teorias nos debates jurídicos e na produção de leis no final do século XIX, p. 127

Ronald Dworkin – Integridade na aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial a partir de uma leitura dworkiniana, p. 23

S

Sistema penal – Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

Sociedade – Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

Socioeducação – O encarceramento juvenil na era da pandemia: um olhar a partir do sistema socioeducativo pernambucano, p. 189

T

Transição política – Análise sócio-histórica dos discursos e práticas acerca da justiça criminal durante a transição política, p. 241

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Política editorial determinada
pela equipe editorial
em conformidade com o conselho
editorial da RBCCRIM,
sujeita à revisão periódica.*

1. DADOS GERAIS DO PERIÓDICO

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

2. LINHA EDITORIAL

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

- a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal*;
- c) *Crime e Sociedade*;

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação – Comentário*

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

- a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;
- c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano.**

- e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.
- f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;
- g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo Lattes e número do ORCID.
- b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm.** A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.
- i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.
- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.
- n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.
- o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:
 - Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: “O estudo

da morfologia dos terrenos [...] ativos[...].” OU: “Não se mova, faça de conta que está morta.” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

- Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

- p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão “Disponível em:” e a data de acesso, precedida da expressão “Acesso em:”. As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.
- q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. CIENTIFICIDADE

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos;

- b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹
- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expreso e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
 - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
 - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R.; ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. *Acta boT. bras.* 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: [<http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf>].

3.2. *Reponsabilidade editorial*

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicação do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).
- b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
 - Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
 - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
 - Apresenta inovações significativas?
 - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
 - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
 - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
 - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
 - Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
 - Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
 - Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.

- e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
 - 1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
 - 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 - 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
 - 4. O trabalho é inédito?
 - 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 - 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.
- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.
- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. DIREITOS AUTORAIS

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão

Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. *Volumes e dossiês especiais*

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Diretrizes determinadas pela equipe editorial
em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. **Os artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: [<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>].

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês)** em que houve a **colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b) Possuir número de registro ORCID
- c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificativa do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: [https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao].

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos “critérios de exclusão” (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificativa (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os “critérios de avaliação” (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. REGRAS SOBRE DISPONIBILIDADE E PRAZOS DE RESPOSTA

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. PRESSUPOSTOS DE INTEGRIDADE ÉTICA AOS AVALIADORES

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCrim. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCrim) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO¹

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

- (I) **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.
- (II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como “muito bom”, “muito ruim”, “terrível” etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(a) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.
- (III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela “avaliação cega” não pode nos fazer esquecer de que, “do outro lado” do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.
- (IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é “ruim” ou “frágil” é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

- (V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

- * requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)
 - ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
 - ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integridade? (<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCCRIM/index>). OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
 - ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCCRIM?
 - ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
 - ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**
 - ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
 - ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
 - ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
 - ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
 - ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
 - ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
 - ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM?
-

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 21-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.