Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 163 • jan. / 2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 163 • jan. / 2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

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

Editores-executivos – Rafael Vieira, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália) – Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia) – Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal) – Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha) – Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha) – Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP) – Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP) – Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha) – Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha) – Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha) – Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha) – Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal) – Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha) – David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália) – Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha) – Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá) – Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha) – Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina) – Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR) – Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha) – Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha) – Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR) – Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal) – Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal) – Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia) – Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) – Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP) – Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexey Choi Caruncho (UFPR – Curitiba/PR) – Aline Mendes Favarim (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ana Luiza Gonçalves dos Santos (Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ) – Anamaria Prates Barroso (UFPE – Recife/PE) – Andrei Zenkner Schmidt (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP – São Paulo/SP) – Bruno Martins Torchia (Faculdade Batista de Minas Gerais/FBMG – Belo Horizonte/MG) – Camilla Marcondes Massaro (PUCC – Campinas/SP) – Carlos Eduardo Millen Grosso (UFSC – Florianópolis/SC) – Carolina Costa Ferreira (UnB – Brasília/DF) – Cristhovão Fonseca Gonçalves (Universidade Estadual de Pernambuco – Recife/PE) – Criziany Machado Felix (URCAMP – Alegrete/RS) – David da Silva Pereira (UTFP – Cornélio Procópio/PR) – Debora Pastana (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG) – Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR) – Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg – Alemanha) – Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA) – Eneas Romero (Universidade de Göttingen – Alemanha) – Francisco de Assis de França Júnior (CESMAC – Maceió/AL) – Gustavo Diniz Junqueira (PUCSP – São Paulo/SP) – Gustavo Tozzi Coelho (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Humberto Soares de Souza Santos (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Jéssica Raquel Sponchiado (USP – São Paulo/SP) – João Paulo Orsini Martinelli (UFF – Niterói/RJ) – Joel de Freitas (UNEMAT – Cáceres/MT) – Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul – São Paulo/SP) – José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ) – Jose Eduardo Lourenço dos Santos (UNIVEM – Marília/SP) – José Manuel de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/ SP) – Juliana Vital Rosendo (Universidade Tiradentes – Aracaju/SE) – Karine Shamash Szuchman (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS) – Laíze Gabriela Benevides Pinheiro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Larissa Urruth Pereira (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG) – Marcos Eugênio Vieira Melo (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcus Vinicius do Nascimento Lima (Faculdade Santo Agostinho – Teresina/PI) – Marina Pinhão Coelho (Instituto de Ensino e Pesquisa, INSPER, – São Paulo/SP) – Milene Maria Xavier Veloso (UFPR – Curitiba/PR) – Nathália Regina Pinto (USP – São Paulo/SP) – Paola Bettamio Mendes (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Rafael Fecury (UNAMA – Belém/PA) – Renato Silvestre Marinho (USP – São Paulo/SP) – Ricardo Alexandre Cardoso Rodrigues (Instituto Jurídico Portucalense – Portugal) – Ricardo Tadeu Penitente Genelhú (Faculdade Castelo Branco – Colatina/ES) – Rodrigo Camargo (ULBRA – Torres/RS) – Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (UNIPAR – Curitiba/PR) – Rui Carlo Dissenha (Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR) – Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (Faculdade Dom Helder Câmara – Belo Horizonte/MG) - Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhão – São Luiz/MA) – Vitor Gonçalves Machado (Faculdade de Direito de Vitória – Vitória/ES)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ademar Borges de Sousa Filho (Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Aline Pires de Souza Machado de Castilhos (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Andersson Vieira Carvalho (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Bruno Amaral Machado (UniCEUB/UnB – Brasília/DF) – Bruno Tadeu Buonicore (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Eduardo Maciel Saraiva (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Fábio Agne Fayet (Centro Universitário da Serra Gaúcha - Caxias do Sul/ RS) – Fernando Luiz de Lacerda Messere (UniCEUB/UnB – Brasília/DF) – Gisele Mendes de Carvalho (Universidade Estadual de Maringá, UEM, Maringá/PR) – Guilherme Machado de Castilhos (FTEC – Sorocaba/SP) – Ignacio González Sánchez (Universitat de Girona – Espanha) – Isadora Vier Machado (Universidade Estadual de Maringá, UEM, Maringá/PR) – Juan Pablo Mañalich R. (Universidad de Chile – Chile) – Lucas Barbosa Miranda (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte/MG) – Luciele Mariel Franco (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Manuel Maroto Calatayud (Universidad Complutense de Madrid – Espanha) – Marilia de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Paulo Vinicius Sporleder de Souza (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Roberta Eggert Poll (PUCRS – Porto Alegre/RS) – Túlio Vianna (Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte/MG) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 163 • jan. / 2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 163 • jan. / 2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

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

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

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – Vila Olímpia
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil

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

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

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

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

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

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

Impresso no Brasil: [01-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [19.11.2019]

EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

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

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Alvino Augusto de Sá
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

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

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Maria Carolina Amorim
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
REVISTA LIBERDADES
Paula Mamede
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
22º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
25º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Yuri Felix

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Milene Cristina Santos

GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL
Paulo Cesar Malvezzi Filho

EQUIPE
Fernanda M. Barbosa Euflauzino

Núcleo Administrativo

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian
Nadir Fernandes Almeida Silva
Nathalia Aparecida Mendes Costa

Núcleo Financeiro

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Bruna Vargas
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política

SUPERVISÃO
Lorraine Carvalho Silva

EQUIPE
Jonas Santos

Núcleo de Biblioteca

SUPERVISÃO
Helena Curvello

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos
Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação

SUPERVISÃO
Douglas Calixto

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Harumi Visconti
Rodrigo Pastore
Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva

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

Núcleo de Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Rafael Vieira

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 163 • jan. / 2020

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
Juliana Mayumi Ono

Gerente de Conteúdo
Milisa Cristine Romera

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira e Bárbara Baraldi Sabino

Produção Editorial
Coordenação
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes

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

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

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

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Rafael Ribeiro e Thaís Pereira

Estagiárias: Tainá Luz Carvalho e Victória Menezes Pereira

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Controle de Qualidade da Diagramação: Carla Lemos

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

Analistas: Jonatan Souza, Luciano Guimarães, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais

The levels of intensity of judicial review of criminal laws

Ademar Borges de Sousa Filho 19

A concepção ontológica da liberdade individual e seu *déficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal

The ontological conception of individual freedom and its verifiability deficit for the foundation of criminal-legal culpability

Bruno Tadeu Buonicore 61

Doença de Alzheimer e incapacidade jurídico-penal

Alzheimer disease and criminal incapacity

Eduardo Maciel Saraiva e Paulo Vinicius Sporleder de Souza 105

Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro

Willful blindness doctrine and the limits of subjective accountability in Brazilian criminal law

Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho 153

Da liberdade à violência sexual: uma análise do bem jurídico e do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual

From liberty to sexual violence: an analysis of legal asset and consent in crimes against sexual freedom

Gisele Mendes de Carvalho, Isadora Vier Machado e Luciele Mariel Franco 197

Intervención "organizada" en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador

"Organized" intervention in crime: outline of a differentiating model

Juan Pablo Mañalich R. 239

Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro

Bitcoin and money laundering: how does cryptocoins can revolutionize money laundering

Lucas Miranda e Túlio Vianna 265

A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas

The Criminal protection of environment: criminological and dogmatic discussions

Marília de Nardin Budó e Chiavelli Facenda Falavigno 311

La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión

The alternative as a structure of thought in criminal law: on omission causation

Urs Kindhäuser
Traduzido por Javier Contesse Singh 347

Processo Penal

"E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro

"If your refrigerator could testify against you in the Court?": Internet of Things and evidence in the Brazilian criminal proceedings

Guilherme Machado de Castilhos, Roberta Eggert Poll e Aline Pires de Souza Machado de Castilhos 363

Crime e Sociedade

Reforma Psiquiátrica e justiça criminal no Distrito Federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental

Psychiatric Reform and Criminal Justice in the Federal District: an exploratory analysis of questions on incidents of mental insanity

Bruno Amaral Machado e Fernando Luiz de Lacerda Messere 395

A penalização do protesto sob o neoliberalismo: administrando a resistência por meio da punição

The penalization of protest under neoliberalism: managing resistance through punishment

Ignacio González Sánchez e Manuel Maroto Calatayud
Traduzido por Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena e Ney Fayet de Souza Júnior 421

Índice Alfabético-remissivo

Autores 451

Temas 455

Política Editorial – Revista Brasileira de Ciências Criminais 459

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 469

Condições para Submissão (*Check List*) 473

Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais

The levels of intensity of judicial review of criminal laws

Ademar Borges de Sousa Filho

Doutor em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professor de Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Procurador do Município de Belo Horizonte. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7816-1993.
ademar.borges@dsarmento.adv.br

Recebido em: 14.04.2018
Aprovado em: 06.10.2019
Última versão do autor: 10.10.2019

Áreas do Direito: Constitucional; Penal

Resumo: O presente trabalho pretende discutir o tema dos níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das leis penais. O artigo se inicia com o estudo sobre a relação entre os graus de presunção de constitucionalidade das leis e os níveis de intensidade do controle jurisdicional de constitucionalidade incidente sobre elas. Na sequência, os critérios desenvolvidos para identificar os graus de presunção de constitucionalidade das leis em geral são aplicados às leis penais produzidas no Brasil. Por fim, desenvolvem-se, com base no direito comparado, parâmetros para a aplicação de cada um dos níveis de intensidade do controle de constitucionalidade às leis penais brasileiras.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional – Leis penais – Níveis de intensidade do escrutínio.

Abstract: This article analyses the levels of intensity of judicial review of criminal laws. Firstly, the article examines the relation between the different degrees of presumption of constitutionality of laws and the levels of scrutiny or tiers of judicial review applicable to such laws. Subsequently, it applies the criteria to identify the different degrees of presumption of constitutionality of laws to criminal laws in Brazil. Finally, based on comparative law, the study develops parameters for the application of each level of judicial review to criminal laws.

Keywords: Judicial review – Criminal laws – Levels of scrutiny.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas leis. 2.1. A experiência jurisprudencial colombiana. 2.2. A experiência jurisprudencial brasileira e a influência da jurisprudência alemã. 2.3. A experiência jurisprudencial norte-americana. 2.4. Síntese do direito comparado: uma proposta de parametrização da intensidade do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. 3. Os impactos do reconhecimento de uma presunção graduada de constitucionalidade das leis na jurisdição constitucional. 4. A presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil. 5. A defesa de um controle material intensivo das leis penais no Brasil. 5.1. Síntese dos parâmetros para definição da intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

No Brasil, o STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida para diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais. Defende-se neste trabalho que o emprego de um critério graduável para averiguação da constitucionalidade das leis penais – *i.e.*, leve, médio e estrito – apresenta vantagens para a determinação do âmbito de configuração do legislador, pois oferece clareza em relação a *quando* e *em que temas* o Tribunal deveria submeter a lei a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos. O subdesenvolvimento desse tema pela jurisdição constitucional brasileira tem produzido, no campo penal, a adoção injustificada de níveis baixos de intensidade de controle de leis penais e a imputação errática de elevado grau de presunção de constitucionalidade a leis penais que restringem intensamente direitos fundamentais de minorias subrepresentadas e são produzidas por meio de processos deliberativos cuja qualidade é extremamente baixa.

De acordo com a visão defendida neste artigo, a escolha do nível de intensidade de controle de constitucionalidade deve ser feita a partir da consideração de aspectos *materiais* – *i.e.*, determinação da importância dos direitos fundamentais restringidos e da intensidade das restrições – e *formais* – *i.e.*, grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente afetados e também da qualidade da deliberação parlamentar. A adoção de uma postura de maior ou menor deferência ao legislador não deve ser fruto do acaso, de particularismos ou de visões subjetivas dos juízes.

No campo penal, o estabelecimento de parâmetros capazes de identificar graus – leve, moderado e forte – de presunção de constitucionalidade de leis impacta decisivamente a intensidade do controle exercido pela jurisdição constitucional. Como será demonstrado, quanto (i) mais extensa for a lista de direitos restringidos pela lei penal, (ii) maior for a fundamentalidade material desses

direitos e (iii) mais diretamente dirigida a atingir minorias estigmatizadas, menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei. Também será desenvolvida a ideia de que a presunção de constitucionalidade da lei penal é abalada pela (iv) baixa quantidade e qualidade das informações que subsidiaram a sua aprovação, (v) bem como pela fragilidade da deliberação parlamentar da qual resultou. Em seguida, defende-se neste artigo a visão de que, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade da lei, mais intenso deverá ser o controle jurisdicional da sua validade.

Neste artigo, procura-se demonstrar que o Brasil, na esteira da jurisprudência comparada – *e.g.*, norte-americana, alemã e colombiana –, tende a realizar um controle brando ou leve da constitucionalidade das leis penais quando a teoria da jurisdição constitucional recomendaria uma intensificação desse controle, em razão da alta relevância axiológica dos direitos restringidos pelas leis penais. Essa intensificação do controle de constitucionalidade das leis penais produz duas consequências mais diretas: (i) ao abandonar um controle leve em favor de um controle intermediário ou intensivo, redistribui-se o ônus argumentativo no processo constitucional, imputando ao legislador uma carga probatória de justificação das restrições aos direitos fundamentais resultantes das leis penais; (ii) a adoção de parâmetros mais rigorosos de controle da constitucionalidade das leis penais altera também o grau de deferência ao legislador, substituindo uma postura de extrema *autocontenção* por uma maior *proatividade* na verificação da validade dessas leis.

2. Os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais a partir de uma presunção graduada de constitucionalidade dessas leis

O principal papel de um tribunal constitucional é proteger os direitos materialmente fundamentais – que expressam qualquer das dimensões da dignidade humana – e resguardar as regras do jogo democrático.[1] Para Ferreres Comella, a principal justificação da jurisdição constitucional reside na contribuição que o juiz pode trazer para a manutenção da cultura de deliberação pública.[2] E isso

1. Essa é compreensão defendida, em termos gerais, por diversos autores. V., por todos, SCHLAICH, Klaus. *El Tribunal Constitucional Federal alemán*. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Trad. L. Aguiar de Luque; M. G. Rubio de Casas. Madrid: CEC, 1984; ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENO, Valeria. *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.
2. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. p. 130.

só é possível, na sua visão, se a jurisdição constitucional for desenvolvida com a observância de uma presunção de que a lei objeto de controle é constitucional.[3] Em virtude dessa presunção que protege a lei, o juiz deve atuar com deferência ao legislador e, assim, manter uma atitude de confiança nas razões que este aduz para justificar a lei questionada.[4]

Se é certo que o juiz constitucional deve se orientar, em regra, por essa presunção de constitucionalidade da lei, existem casos nos quais essa presunção deve ser afastada ou amenizada. Sob essa ótica, a presunção de constitucionalidade deixa de traduzir uma exigência geral de uma inconstitucionalidade grosseira ou flagrante como condição para a declaração da invalidade de uma lei e passa a ser compreendida como um princípio que admite graduações ou exceções. A presunção de constitucionalidade das leis não pode ser aplicada uniformemente a todas as leis, independentemente do seu conteúdo ou do tipo de restrição de direitos por ela veiculada. Essa ideia será detalhada a seguir, a partir da relação entre os graus de presunção de constitucionalidade das leis e as intensidades do controle jurisdicional de constitucionalidade.

Como defendeu Ferreres Comella, as leis que (i) dão tratamento desigual a grupos socialmente vulneráveis e (ii) aquelas que restringem direitos de participação política são presumidas inconstitucionais.[5] Para esse autor, além desses casos extremos em que as leis se presumem inconstitucionais porque atentam *prima facie* contra o princípio democrático, a jurisdição constitucional deve levar em conta fatores que podem reforçar a presunção de constitucionalidade das leis – como no caso da lei que goze de amplo consenso parlamentar e extraparlamentar[6] – ou reduzir tal presunção – quando, por exemplo, a lei afronta interesses dos grupos socialmente mais vulneráveis,[7] nos casos de restrição dos direitos de participação política,[8] ou, ainda, no caso em que leis antigas se mantenham no sistema por inércia.[9]

3. Ibidem, p. 134.
4. Ibidem, p. 163 e ss.
5. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. p. 141 e ss.
6. V., no mesmo sentido, BRANDÃO, R. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 269.
7. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. p. 242-268.
8. Ibidem, p. 269-275.
9. Ibidem, p. 218-226.

O grau de intervenção do controle de constitucionalidade na obra do legislador será, assim, inversamente proporcional ao grau de presunção de constitucionalidade da lei. Essa formulação conduz não apenas à identificação de graus de permissão para intromissão judicial na lei produzida pelo parlamento, mas também de graus da própria presunção de constitucionalidade das leis.[10] A graduação da constitucionalidade das leis passa a ser construída a partir da conjunção de fatores que lhes rendem maior ou menor aderência ao princípio democrático. Em última análise, quanto maior for a vinculação ao ideal democrático revelado pela lei, maior será o grau presumido de compatibilidade com a Constituição. Essa posição, defendida por Ferreres Comella, contribuiu para a substituição da proposta *thayeriana* da inconstitucionalidade evidente[11] – como condição para o reconhecimento da incompatibilidade das leis com a Constituição – por uma presunção *graduada* de constitucionalidade de leis.

No direito constitucional norte-americano, é muito debatida a Nota de Rodapé 4, inserida no voto proferido pelo Justice Stone, no caso United States *v.* Carolene Products Co*,* julgado em 1938,[12] que sugeriu, de forma genérica, a aplicação mais restrita da presunção de constitucionalidade de normas que impusessem limitações a alguns direitos fundamentais, permitindo-se, assim, um controle mais rigoroso (*strict scrutiny*) dessas normas.[13] A partir desse primeiro impulso, doutrina e jurisprudência norte-americanas desenvolveram a noção graduada da aplicação da presunção de constitucionalidade, baseada na afirmação de três diferentes graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis (*strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis scrutiny*).[14]

---

10. V., a esse respeito, MODUGNO, Franco. *Scritti sull'interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2008. p. 122.
11. V, sobre essa ideia de que a presunção de constitucionalidade abrange todas as leis de forma indistinta, THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitucional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, 1893. Thayer expôs a tese – extraída de pontos comuns da jurisprudência norte-americana, de que o juiz só poderia invalidar aquelas leis que considere manifestamente inconstitucionais, para além de qualquer dúvida razoável ("beyond a reasonable doubt"). V., a propósito, COPELAND NAGLE, John. Delaware & Hudson revisited. *Notre Dame Law Review*, v. 72, 1997. p. 1496.
12. EUA, Suprema Corte, Caso United States *v.* Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).
13. No original: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth".
14. V. KLEIN, Robert Forrest. Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases (case note). *Oklahoma City University Law Review*, v. 9,

Essa graduação da intensidade do controle de constitucionalidade das leis nos EUA em três níveis conta com uma formulação teórica de conteúdo similar no ambiente europeu. Com origem alemã, mas depois incorporado à cultura jurídica de outros países do continente, como a Espanha, o princípio da proporcionalidade também tem se prestado a graduar a intensidade do controle de constitucionalidade em razão da intensidade da intervenção nos direitos fundamentais e da certeza das premissas sobre as quais se apoiam os argumentos a favor e contra a intervenção. É que o princípio da proporcionalidade dá lugar, igualmente, a três níveis de controle: (i) *controle de evidência*, aplicável às intervenções leves em direitos fundamentais, nas quais basta verificar que as premissas empíricas sobre as quais se apoia a intervenção não sejam evidentemente falsas; (ii) *controle intermédio ou de justificabilidade*, aplicável às intervenções de intensidade média, em relação as quais se exige que as premissas que sustentam a intervenção sejam plausíveis; e (iii) *controle intensivo*, aplicável às intervenções mais gravosas em direitos fundamentais, contexto em que se exige uma elevada certeza das premissas empíricas que as sustentam.

Esses níveis de intensidade de controle servem para amparar a conclusão de que a liberdade de conformação do legislador é reduzida – com a consequente ampliação da competência revisora do Tribunal constitucional – na exata medida em que se mostre mais intensa a intervenção legislativa no direito fundamental e também que se mostrem menos seguras as premissas empíricas que embasam a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade estrita da sua intervenção nos direitos fundamentais.[15] Na sequência, uma resenha da jurisprudência comparada – colombiana, alemã e norte-americana – será utilizada como referencial para a identificação de critérios de graduação dos níveis de intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais.

2.1. A experiência jurisprudencial colombiana

Na América Latina, a Corte Constitucional da Colômbia tem se destacado por seu esforço em parametrizar os graus de intensidade com que examina a razoabilidade e a proporcionalidade das leis.[16] De acordo com a jurisprudência

n. 2, 1984. p. 321-322; NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald; YOUNG, Nelson. *Constitutional law*. 2. ed. 1983. p. 443.

15. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 92.

16. TCC, Sentencias C-333 de 1994, C-265 de 1995, C-445 de 1995, C-613 de 1996, C-197 de 1997.

colombiana, a regra geral do controle de constitucionalidade é a aplicação de um *teste leve* de proporcionalidade no exame da medida legislativa, critério que se fundamenta no princípio democrático, assim como na presunção de constitucionalidade das leis.[17] Nesse teste leve, a Corte se limita a determinar se o fim buscado é legítimo e se o meio empregado é idôneo para alcançá-lo. Apesar de a jurisprudência colombiana ressaltar que não é apenas o conteúdo da disposição que determina a intensidade do juízo de constitucionalidade, a Corte tem aplicado um teste leve de proporcionalidade em casos que versam sobre matérias econômicas, tributárias, de política internacional, bem como nos casos em que se analisa a constitucionalidade de norma pré-constitucional revogada que ainda surte efeitos no presente e naqueles em que não é possível *prima facie* antever do contexto normativo do artigo questionado uma ameaça para o direito em questão.[18]

A jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia também reconhece que certas limitações constitucionais impostas ao legislador justificam a adoção de um teste mais rigoroso para averiguar a constitucionalidade da lei. A Corte tem empregado o chamado *teste intermediário* para analisar a razoabilidade de uma medida legislativa (i) quando a medida possa afetar o gozo de um direito constitucional não fundamental, (ii) ou quando se trate de uma medida de ação afirmativa. Nesse *teste intermediário*, o nível de exigência na análise da constitucionalidade é maior, já que se exige não apenas que o fim seja legítimo, mas também constitucionalmente importante, além de demandar que o meio seja não apenas adequado, como também efetivamente fomentador da realização do fim buscado pela medida legislativa.[19]

Por fim, a Corte colombiana enunciou alguns casos em que tem aplicado um *teste estrito* de razoabilidade e proporcionalidade: (i) quando o legislador realiza uma classificação suspeita, (ii) quando a medida recai sobre pessoas em condições de debilidade manifesta, grupos marginalizados ou discriminados, setores sem acesso efetivo à tomada de decisões ou minorias insulares e discretas, (iii) quando a medida que promove diferenciação entre pessoas ou grupos afeta gravemente o gozo de um direito constitucional fundamental, e, ainda, (iv) quando se examina uma medida que cria um privilégio.[20] De acordo com essa diretriz jurisprudencial, apenas no *teste estrito* é que a Corte examina

17. TCC, Sentencia C-673 de 2001.
18. TCC, Sentencia C-673 de 2001.
19. TCC, Sentencia C-673 de 2001.
20. TCC, Sentencia C-673 de 2001.

a possibilidade de substituição da medida questionada por meios alternativos menos lesivos (teste de necessidade) e também verifica se as restrições impostas pela medida excedem os benefícios por ela produzidos (proporcionalidade em sentido estrito).

A Corte Constitucional da Colômbia tem realizado aquilo que ela própria denomina de *controle integrado de igualdade*, que combina o modelo europeu de controle da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) com os critérios estabelecidos pela Suprema Corte dos EUA para estabelecer a intensidade do controle.[21] É interessante notar que a orientação da Corte Constitucional colombiana é no sentido de que nos *controles leve* e *intermediário* se aplica apenas o juízo de adequação. A diferença é que no *teste leve* se adota uma versão particularmente fraca do subprincípio da adequação (verificação de aptidão *prima facie* do meio adotado para realizar o fim legislativo) e no *teste intermediário* se adota uma versão fraca tradicional do subprincípio da adequação (identificação de aptidão concreta do meio adotado para fomentar a finalidade). Essa proposta de balizamento das intensidades do controle de constitucionalidade não corresponde à orientação da jurisprudência alemã. Como se verá, o Tribunal Constitucional da Alemanha aplica cada uma das intensidades do controle aos três elementos ou juízos da proporcionalidade. Mesmo os controles leve e intermediário não dispensam, na experiência alemã, os juízos da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A escolha da intensidade do controle altera o modo como o princípio da proporcionalidade é operacionalizado, mas não muda a sua estrutura tripartite (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

A partir dos critérios estabelecidos pela Corte Constitucional da Colômbia, como visto, a menor intensidade do controle seria vocacionada ao controle de constitucionalidade de leis que tratam de matérias econômicas, tributárias, de política internacional. A intensidade intermediária seria aplicável às restrições de direitos constitucionais não fundamentais e às diferenciações de tratamento impostas por ações afirmativas. E a intensidade mais elevada estaria reservada às restrições de direitos de minorias estigmatizadas e potencialmente discriminadas. Além disso, embora os precedentes não estabeleçam esse critério de forma geral, as restrições graves de direitos materialmente fundamentais recomendariam a utilização do controle intenso (*teste estrito*). Apesar da deficiência da orientação jurisprudencial colombiana no sentido de excluir do controle de legitimidade das leis os juízos de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito quando

21. TCC, Sentencia C-035 de 2016.

se opta pelas intensidades *leve* ou *intermediária*, o fato é que, em linha com a experiência germânica, apenas no controle intenso (*teste estrito*) a Corte se dispõe a verificar a legitimidade do próprio sopesamento legislativo.

Tais parâmetros imporiam a utilização do controle intenso a quase todas as leis penais, já que, em sua maioria, elas promovem intervenções graves em direitos fundamentais de alta relevância constitucional. Apesar disso, a jurisprudência colombiana não estabeleceu de forma clara e estável a intensidade do controle incidente sobre leis penais, embora tenha sugerido, em pelo menos duas oportunidades, a aplicação de teste estrito de proporcionalidade para leis penais que definam ou agravem delitos e penas.[22]

2.2. A experiência jurisprudencial brasileira e a influência da jurisprudência alemã

No Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal, na prática, module a intensidade do controle incidente sobre os mais variados atos normativos – ora assumindo um controle mais rigoroso, ora mais brando –, essas variações não são acompanhadas de uma proposta jurisprudencial organizada e coerente sobre os diferentes graus de intensidade de controle de constitucionalidade utilizados. É a doutrina que procura, observando as decisões do STF, classificar ou identificar a intensidade do controle exercido em cada caso.

Contudo, mais recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, em voto por meio do qual propôs a declaração de inconstitucionalidade da criminalização da posse de drogas para uso pessoal, sistematizou os três níveis de intensidade de controle de constitucionalidade das leis – *controle de evidência, controle de justificabilidade e controle material de intensidade* – de acordo com a jurisprudência do Tribunal constitucional alemão[23]. Esses três graus de intensidade no

22. TCC, Sentencias T-762 de 2015 e C-191 de 2016. Na Sentencia C-470 de 2011, a Corte Constitucional da Colômbia aplicou um juízo de proporcionalidade intermediário à lei processual penal: "[...] según se afirma en la demanda, la norma acusada sería inexequible al afectar el ejercicio de varios importantes derechos fundamentales, la igualdad, el debido proceso y el acceso a la justicia. Esta razón conduce entonces en dirección contraria a la anterior, pues esa posibilidad de afectación justifica un mayor rigor en el análisis de la proporcionalidad de esta norma. Entonces, al apreciar conjuntamente esas dos reflexiones, concluye la Corte que lo adecuado es aplicar en este caso un test de intensidad intermedia".

23. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído). Íntegra do voto disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE 635659.pdf]. Acesso em: 16.09.2018.

controle de constitucionalidade das leis foram assim resumidos pelo Ministro Gilmar Mendes: no primeiro nível, "o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias"; no segundo nível, "o controle de justificabilidade está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis"; e, no terceiro nível, "o Tribunal examina, portanto, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental é necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes."[24]

A adoção de uma ou outra intensidade no controle de constitucionalidade das leis produz efeitos práticos bastante relevantes no resultado dos julgamentos realizados pelo Tribunal constitucional. Quanto maior a intensidade do controle, menores serão o grau de deferência ao legislador e de presunção de constitucionalidade da lei. O abrandamento do rigor exigido para a declaração de inconstitucionalidade da lei aumenta as chances de que a lei seja efetivamente invalidada. No primeiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade – *controle de evidência* –, "a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental". Ao se valer dessa forma mais branda de controle de constitucionalidade, o Tribunal reconhece "ampla liberdade de conformação" e somente chega à declaração de inconstitucionalidade da norma quanto ela adota medida "totalmente inadequada ou completamente insuficiente para o alcance do objeto de proteção", e desde que essas conclusões resultarem de "juízo suficiente seguro."[25]

Já no segundo grau de intensidade – *controle de justificabilidade* –, a verificação da constitucionalidade "estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e considerou, diligente e suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma". Ao se valer dessa intensidade de controle, o Tribunal verifica "se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis."[26]

Por fim, no terceiro grau de intensidade do controle de constitucionalidade das leis – *controle intensivo* –, incumbe à jurisdição constitucional questionar

24. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).
25. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).
26. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

se há fortes razões, baseadas em premissas dotadas de grande segurança, para justificar a restrição ao direito fundamental. Como lembrou o Ministro Gilmar Mendes, nos casos em houver "grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância", o Tribunal estará autorizado a "desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância". Nesse caso, o controle "há de ser mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação realização pelo legislador."[27]

A identificação do nível de intensidade do controle resulta, num primeiro plano, de uma análise sobre a natureza do direito fundamental restringido e também sobre o grau da intervenção legislativa nesse direito. Quanto maior for a relevância axiológica do direito na ordem constitucional e também quanto mais grave for a restrição legislativa imposta a esse direito, mais intenso será o controle de constitucionalidade. A maior parte dos trabalhos a esse respeito se baseia na síntese formulada por Robert Alexy, segundo a qual o *controle leve* ou *de evidência* é aplicado em face de intervenções leves nos direitos fundamentais, o controle intermediário ou de justificabilidade, às intervenções médias em direitos fundamentais, e o controle estrito ou intensivo, às intervenções graves ou intensas em direitos fundamentais.[28]

Esses níveis do controle de constitucionalidade parametrizados pela jurisprudência constitucional alemã passaram a ser conectados ao grau de presunção de constitucionalidade atribuído à lei controlada, o que influencia na distribuição do ônus argumentativo no processo constitucional bem como no grau de deferência prestado pelo Tribunal ao legislador. Quanto mais intensa for a restrição ao direito fundamental – cuja importância no sistema constitucional também pode ser graduada –, menor será o grau de presunção de constitucionalidade concedido à lei, o que atrai um controle mais intenso ou rigoroso (controle estrito ou material intensivo) da sua validade pela jurisdição constitucional. Ao contrário, quanto mais leve for a restrição ao direito fundamental, maior será o grau de presunção de constitucionalidade concedido à lei, o que atrai um controle mais brando (controle de evidência) da sua validade pela jurisdição constitucional.

Além disso, o reconhecimento em favor da lei de maior grau de presunção de constitucionalidade impacta a distribuição da carga de argumentação no

27. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

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

processo constitucional: quanto maior o grau de presunção de constitucionalidade, mais denso será o ônus argumentativo imposto a quem defende a inconstitucionalidade da lei; ao passo que, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade, maior será o ônus argumentativo imposto ao legislador para justificar as premissas que justificam a restrição ao direito fundamental.[29] Em linhas gerais, a identificação do nível de intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis – o que vale não só para leis penais, mas para todas as leis – exige a consideração do objeto ou do conteúdo da lei, do grau de intervenção (*prima facie*) nos direitos fundamentais e do grau de legitimidade e representatividade democrática do órgão que produziu a norma controlada.

Essa formulação jurisprudencial do Tribunal constitucional alemão, fortemente influenciada pela jurisprudência norte-americana, ganhou enorme prestígio no direito constitucional contemporâneo.[30] Como visto, a jurisprudência alemã parte da ideia de que o nível apropriado de escrutínio judicial que uma lei sofrerá depende da área do direito constitucional que disciplina a legislação contestada, bem assim da importância constitucional do direito restringido e da intensidade da restrição.

2.3. A experiência jurisprudencial norte-americana

Já na experiência norte-americana, o parâmetro de controle chamado de *rational basis scrutiny* é o nível mais baixo de revisão judicial, aplicável à legislação de natureza econômica. Ao aplicar esse *standard* ou teste, o Tribunal é bastante deferente à decisão legislativa: o controle se restringe a verificar se a lei está racionalmente relacionada para atingir o objetivo da legislatura. Ao utilizar esse padrão de escrutínio (*rational basis scrutiny*), o Judiciário raramente declara a inconstitucionalidade das leis.[31] O próximo nível de intensidade de controle é conhecido como *intermediate scrutiny*, segundo o qual a Corte examina a legislação com maior cuidado e menor deferência quando comparado com o *rational basis scrutiny*. Nesse caso, o Judiciário exige que a legislação tenha objetivos

29. V., sobre o tema, LOPERA MESA, Gloria. *El principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 298.

30. V., a propósito desses níveis de controle de constitucionalidade, ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana, 2004. p. 56 e ss.

31. V. Suprema Corte dos EUA, Hodel *v.* Virginia, 452 U.S. 314 (1981).

constitucionalmente relevantes e deve estar substancialmente relacionada com a realização desses objetivos. É comum se afirmar que esse teste intermediário se aplica à legislação que faz distinções com base no sexo das pessoas, por exemplo.

Já o escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) corresponde ao nível mais intenso de controle judicial da constitucionalidade das leis, e, portanto, de maior redução do grau de presunção da sua constitucionalidade. Esse teste costuma ser utilizado para aferir a legitimidade de restrições de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, quando se verifica a constitucionalidade das leis que afetam a cláusula do devido processo ou da proteção igualitária. A sujeição da lei a esse escrutínio mais rigoroso importa na redução da sua presunção de constitucionalidade e, desse modo, no aumento das chances de que ela seja declarada inconstitucional.[32] Ao adotar o *strict scrutiny*, o Judiciário passa a controlar com maior ênfase os meios eleitos pela lei e os seus propósitos à luz da Constituição: o escrutínio pode incidir tanto na relação entre meios e fins como também na legitimidade do próprio fim eleito pelo legislador.[33]

Esse resumo dos níveis de controle da constitucionalidade das leis na tradição norte-americana poderia sugerir que as leis penais se sujeitariam ao escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*). Entretanto, Sherry Colb demonstra que a Suprema Corte dos EUA, ao passo que submete outras privações de direitos fundamentais a escrutínio rigoroso (*strict scrutiny*),[34] tem analisado as privações de

32. V. Suprema Corte dos EUA, Loving *v.* Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

33. O STF já fez uso dessa categoria para afirmar que as leis infraconstitucionais que contrariem precedente do próprio STF tomado com base na interpretação de cláusulas pétreas deveriam se submeter a um escrutínio mais rigoroso. V. STF, ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 01.10.2015.

34. V., por exemplo, Suprema Corte dos EUA, Church of the Lukumi Babalu Aye *v.* City of Hialeah, 113 S. Ct. 2217, 2233-34 (1993) (invalidando a ordenação que proíbe o sacrifício ritual de animais); R.A.V. *v.* City of St. Paul, 112 S. Ct. 2538, 2547-49 (1992) (invalidando lei destacando conduta expressando mensagem de tipos específicos de grupo-animus como discriminação baseada em ponto de vista); Texas *v.* Johnson, 491 U.S. 397, 402-20 (1989) (lei de invalidação que proíbe a profanação da bandeira como restrição baseada em ponto de vista contra mensagem de desprezo pelo governo); Roberts *v.* United States Jaycees, 468 U.S. 609, 618 (1984) (reconhecendo que "certos tipos de relacionamentos altamente pessoais" devem receber proteção associativa especial de acordo com a Constituição); Zablocki *v.* Redhail, 434 U.S. 374 383-87 (1978) (reafirmando o direito fundamental de se casar); Roe *v.* Wade, 410, U.S. 113, 155-56 (1973) (sustentando que, porque o direito da mulher de decidir interromper a gravidez é fundamental, apenas um interesse convincente pode justificar a regulação estatal que prejudica esse direito).

liberdade usando apenas o escrutínio menos intenso (*rational basis scrutiny*).[35] Para Colb, há pelo menos três justificativas possíveis – mas problemáticas – para a recusa à aplicação do escrutínio rigoroso às restrições à liberdade de ir e vir: (i) o entendimento de que a prisão é possível sempre que a conduta praticada puder ser proibida; (ii) a percepção de que a abundância de proteção processual poderia substituir a proteção constitucional substantiva; e (iii) a visão de que os tribunais deveriam ser deferentes ao legislativo em matéria penal da mesma maneira que são deferentes ao poder executivo em assuntos militares.[36]

A Suprema Corte dos EUA, desde o século XIX, reconhece que a liberdade de locomoção é um direito fundamental[37]. Contraditoriamente, como sintetizou Sherry Colb, a Suprema Corte dos EUA tem tratado o direito fundamental à liberdade de forma diferente de todos os outros direitos fundamentais. A despeito de a liberdade de locomoção ser um direito fundamental e essencial da cidadania, uma condenação criminal, para a jurisprudência norte-americana, é capaz de "extinguir" esse direito:[38] "uma condenação válida envolve muitas proteções processuais; no entanto, o único componente substantivo de uma condenação 'válida' é que a conduta criminosa não seja constitucionalmente protegida como um direito fundamental."[39] Isso significa que não há nenhum ônus substancial

35. COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: why is this right different from all other rights? *New York University Law Review,* v. 69, n. 4-5, 1994. p. 784. Problema semelhante pode ser encontrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional do Chile, que também adota o nível mínimo de intensidade de controle de constitucionalidade de leis penais. V., sobre o tema, LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidade y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXIV, n. 22, dez. 2011. p. 123.
36. COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: why is this right different from all other rights? *New York University Law Review,* v. 69, n. 4-5, 1994. p. 784.
37. Suprema Corte dos EUA, 155 U.S. 648 (1895); e 262 U.S. 390,399-401 (1923). Em O'Connor *v.* Donaldson – 422 U.S. 563 (1975) –, o Tribunal considerou que um adulto que não apresentar um perigo para si mesmo ou para os outros, mas que, apesar de tudo, é confinado num hospital psiquiátrico estatal, sofre uma privação de seu direito constitucional à liberdade do confinamento físico.
38. COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: why is this right different from all other rights? *New York University Law Review,* v. 69, n. 4-5, 1994. p. 791-793.
39. Assim, segundo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, por exemplo, uma pessoa não pode ser privada de sua liberdade como punição pela liberdade de expressão – New York Times Co. *v.* Sullivan, 37 6 U.S. 254,277 (1964) –, associação – NAACP *v.* Button, 371 U.S. 415, 444-45 (1963) – ou recusa em responder a uma pergunta que possa incriminá-la – Kastigar *v.* United States, 406 U.S. 441,453 (1972).

de justificativa que o Estado deva suportar em virtude de sua decisão de regular a conduta por meio do encarceramento, mesmo que essa decisão prive o cidadão de um direito fundamental.[40]

De acordo com essa orientação jurisprudencial, o Estado apenas tem o dever de provar que a lei penal passa pelo *rational basis scrutiny*, ônus que na prática é muito pouco exigente. Segundo esse modelo de controle, o Estado pode privar o indivíduo de sua liberdade sem justificação substantiva, desde que não se reconheça o direito do acusado de se engajar na conduta proibida.[41] Para a Suprema Corte norte-americana, assinala Sherry Colb, o Estado pode pôr atrás das grades aqueles que se engajam em atividade ameaçadora, desde que a atividade seja proibida pelo direito penal e não se qualifique como um direito fundamental.[42]

Essa tradição jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA tem sido objeto de diversas críticas, exatamente porque não é capaz de oferecer limitações substantivas à disponibilidade de encarceramento como meio de controle social. Essa ausência de limites materiais no direito norte-americano é atribuível, ao menos em parte, à presença de abundantes proteções processuais ao réu. A Suprema Corte pode não estar disposta a escrutinar substantivamente a prisão, pois permite que o procedimento sirva como um substituto para a substância na área da lei criminal. No entanto, como adverte Sherry Colb, os direitos processuais não exigem que o Estado justifique substancialmente o confinamento do indivíduo que cometeu a ofensa criminal. Se existe, de fato, um direito fundamental à liberdade de locomoção, então esse direito deve receber proteção substantiva e processual, escrutínio rigoroso, bem como exigir prova além de qualquer dúvida razoável. O procedimento não pode servir como substituto adequado da substância.[43]

A não submissão das leis penais ao escrutínio mais rigoroso (*strict scrutiny*) tem levado a Suprema Corte dos EUA a somente declarar inválida uma lei penal quando (i) a própria lei não tem relação razoável com qualquer interesse legítimo do Estado, (ii) o suposto criminoso tiver sido punido por conduta que é protegida pela Constituição, ou (iii) a punição for bárbara ou grosseiramente desproporcional à conduta criminosa.[44] A baixa intensidade do controle de

40. COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: why is this right different from all other rights? *New York University Law Review*, v. 69, n. 4-5, 1994. p. 793.

41. Ibidem, p. 793.

42. Ibidem, p. 794.

43. Ibidem, p. 813-816.

44. Ibidem, p. 817.

constitucionalidade de leis penais nos EUA não encontra explicação coerente na doutrina que estabelece os diferentes níveis do controle de constitucionalidade a partir da relevância do direito fundamental restringido e do grau dessa restrição.

2.4. Síntese do direito comparado: uma proposta de parametrização da intensidade do controle de constitucionalidade das leis no Brasil

Os diferentes níveis ou intensidades do controle de constitucionalidade de leis criados pelas jurisprudências norte-americana e alemã servem como vetores para parametrizar a atuação da jurisdição constitucional, funcionando como critérios normativos de balizamento da intensidade do controle jurisdicional de validade das leis. Tais critérios são encontrados a partir do equilíbrio sensível entre os valores do *constitucionalismo* e da *democracia*. O grau de presunção de constitucionalidade de uma lei depende da sua relação com a estrutura fundamental da Constituição (como os direitos fundamentais) e do seu *pedigree* democrático. Quanto mais democrático (mais inclusivo, participativo, aberto e transparente) for o processo de formação e produção da lei, maior deve ser o seu grau de presunção de constitucionalidade perante a jurisdição constitucional. Do mesmo modo, quanto menos restritiva a direitos fundamentais for a lei, maior deverá ser o seu grau de presunção de constitucionalidade. Por outro lado, leis produzidas com grau reduzido de informação, participação e consenso possuem grau reduzido de presunção de constitucionalidade. O mesmo acontece com leis que impõem graves e profundas restrições a direitos fundamentais de extraordinária importância.

Há, portanto, uma relação indissociável – e inversamente proporcional – entre o grau de presunção de constitucionalidade da lei e a intensidade do controle de constitucionalidade que incide sobre ela. Quanto maior for a presunção de constitucionalidade da lei, mais deferente (menos intenso) deve ser o controle jurisdicional de validade sobre ela exercido. A atribuição de menor grau de presunção de constitucionalidade à lei impõe o exercício de controle jurisdicional mais intenso sobre a sua constitucionalidade.

É necessário reconhecer, assim, que a ideia tradicional de que todas as leis gozam do mesmo grau de presunção de constitucionalidade e de que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis é exercido sempre com a mesma intensidade não corresponde à experiência prática da jurisdição constitucional contemporânea. As leis possuem graus diversos de presunção de constitucionalidade, e os Tribunais fiscalizam a validade constitucional das leis com variados graus e intensidades, a depender do modo como essas leis foram feitas e do conteúdo que elas apresentam. Se nos EUA e na Alemanha a jurisdição

constitucional se vale expressamente desses níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade das leis, em outros países, como no Brasil, a referência a esses parâmetros não costuma aparecer nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Nem por isso, contudo, nega-se que também no Brasil a jurisdição constitucional dosa, na prática, a intensidade do controle de validade das leis: em alguns momentos submete determinadas leis a um controle intenso, rigoroso e estrito; e, em outros casos, submete certas leis a um controle leve, brando e pouco rigoroso.

Ainda que o STF não tenha adotado essa distinção entre os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade, nada impede – ao contrário, tudo recomenda – que se procure realizar o esforço de identificar os variados graus de intensidade do controle por ele exercido nos diversos ramos do direito, a fim de se obter maior coerência e integridade da jurisdição constitucional brasileira. Afinal, as variações das intensidades com que as diversas leis têm a sua constitucionalidade controlada pelo STF não devem ser fruto do acaso, de particularismos ou de voluntariamos. Ao contrário, devem resultar da aplicação coerente de critérios normativos legítimos, transparentes e objetivamente controláveis.

A ideia de graduar a intensidade do controle de constitucionalidade foi incorporada e aperfeiçoada no Brasil por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, que procuraram fixar parâmetros para "calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e, também, por consequência, o grau de ativismo do Poder Judiciário."[45] Esses autores adotaram uma concepção gradualista sobre a presunção de constitucionalidade das leis, a partir dos seguintes *standards*: (i) *grau de legitimidade democrática* – quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade; (ii) *condições de funcionamento da democracia* – o Judiciário deve ser mais ativista na proteção dos pressupostos mínimos de funcionamento da democracia; (iii) *proteção de minorias estigmatizadas* – leis que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (iv) *fundamentalidade material dos direitos em jogo* – leis que impactem negativamente os direitos materialmente fundamentais devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade; (v) *comparação de capacidades institucionais* – quanto menor for a *expertise* do Judiciário no setor disciplinado pela norma, maior deve ser a sua deferência ao legislador; e (vi) *momento da edição do ato normativo* – normas pré-constitucionais não gozam

45. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional* – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 460-463.

da mesma presunção de constitucionalidade das leis pós-constitucionais. Esses critérios serão utilizados, a seguir, para desenvolver a noção de presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil.[46]

Esses critérios especificam e conferem maior operacionalidade à noção geral de que quanto mais relevante for o direito fundamental restringido, quanto maior a intensidade com que a restrição é imposta e quanto menor o grau de legitimidade e representatividade democrática do órgão que produziu a restrição, mais intenso deve ser o controle de constitucionalidade aplicado pelo Judiciário. Entre outras consequências que a adoção de um nível mais intenso de controle de constitucionalidade das leis produz, a mais evidente é justificação da adoção de uma postura mais *proativa* – e, portanto, de menor *autocontenção* – no exame da legitimidade das restrições legislativas aos direitos fundamentais. Isso significa, entre outras coisas, que restrições intensas a direitos fundamentais de elevada importância axiológica terão sua constitucionalidade analisada com maior profundidade, com menor deferência, a partir de critérios formais e materiais mais rígidos, e com imputação de maior ônus argumentativo e probatório ao legislador.

3. Os impactos do reconhecimento de uma presunção graduada de constitucionalidade das leis na jurisdição constitucional

As importantes formulações teóricas e jurisprudenciais – que passam pela tradição continental-europeia, pelos Estados Unidos da América e chegam até o Brasil – analisadas anteriormente contribuíram para desconstruir o poderoso dogma que sobrepairava toda a atividade da jurisdição constitucional, segundo o qual todas as leis gozavam do mesmo nível de presunção de constitucionalidade e deveriam ser encaradas pelo Judiciário com o mesmo grau de deferência. Uma presunção de constitucionalidade que assuma contornos uniformes para todas as leis é contrária à própria estrutura das Constituições contemporâneas.

Embora ainda seja amplamente aceita pelo pensamento jurídico tradicional a noção idealizada da unidade da Constituição – que serve à pretensão de imputar a ela uma sistematicidade orgânica que não existe –, é também largamente difundida no direito constitucional a ideia de que a Constituição protege certos

46. O Ministro Luís Roberto Barroso propôs a utilização desses critérios para averiguar a constitucionalidade da lei penal que criminalizava a pederastia no ambiente militar. V. STF, ADPF 291, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 28.10.2015.

direitos e determinadas fórmulas institucionais com maior ênfase ou de maneira mais intensa.[47] Os direitos que se relacionam de forma mais estreita com o princípio democrático e com o princípio da dignidade humana gozam de posição privilegiada no sistema de normas constitucionais. Como consequência dessa ideia, é correto afirmar que leis que restrinjam direitos materialmente fundamentais ou reduzam o nível de participação política dos indivíduos devem ser vistas com maior grau de desconfiança pela jurisdição constitucional. A presunção de constitucionalidade dessas leis deve ser reduzida, quando não invertida e transformada em presunção de inconstitucionalidade. Isso acarreta uma mudança importante no modo como o Tribunal enfrenta o problema da constitucionalidade das leis penais.

Em primeiro lugar, a redução ou a inversão da presunção de constitucionalidade da lei altera a carga ou o ônus argumentativo exigido para a invalidação dessa lei. O grau de certeza da incompatibilidade da lei com a Constituição exigido para a declaração das leis que gozam de alto grau de presunção de constitucionalidade é bastante elevado. A amenização ou a inversão da presunção de constitucionalidade da lei tem como consequência a imputação de um maior ônus argumentativo ao legislador na defesa da constitucionalidade dessa lei perante o STF.

Em segundo lugar, o afastamento do dogma da presunção uniforme da constitucionalidade das leis impede que a jurisdição constitucional se utilize dessa retórica da deferência máxima ao legislador para deixar de enfrentar substancialmente as questões de constitucionalidade de leis penais. O reconhecimento de diferentes graus de presunção de constitucionalidade – que vão desde a mais elevada presunção de constitucionalidade até a presunção de inconstitucionalidade[48] – altera a intensidade e a profundidade com que os argumentos arguidos contra a constitucionalidade da lei devem ser enfrentados pelo STF. Quanto maior o grau de presunção de constitucionalidade da lei, menor será a intensidade do controle jurisdicional que incide sobre ela.

47. V. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira*: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2015. Tese (Titularidade) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 66.

48. Ferreres Comella defende a existência de casos em que se presumiria não a constitucionalidade, mas a inconstitucionalidade da lei, tais como as hipóteses de afetação de direitos de grupos social e economicamente vulneráveis e de restrição de direitos de participação política. V. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. p. 199 e ss.

Em terceiro lugar, permite racionalizar a atividade da jurisdição constitucional, permitindo maior controle sobre os elementos por ela considerados para elevar ou reduzir a presunção da constitucionalidade das leis e, consequentemente, a intensidade do controle de constitucionalidade dessas leis. A escolha dos parâmetros que orientam a atribuição de graus de presunção de constitucionalidade das leis também deve se sujeitar ao controle de legitimidade constitucional. Esses parâmetros devem funcionar como modos de densificação ou concretização do princípio democrático. Em vez de simplesmente afirmar que as leis que ampliam ou aprofundam o princípio democrático gozam de maior presunção de constitucionalidade – e que as leis que restringem esse princípio têm reduzida a sua presunção de constitucionalidade –, identificam-se critérios mais objetivos (dotados de maior densidade normativa) para aferir a proximidade ou o afastamento da lei em relação ao princípio democrático.

4. A presunção graduada de constitucionalidade de leis penais no Brasil

A substituição do dogma da presunção uniforme de constitucionalidade das leis por uma concepção gradualista de presunção de constitucionalidade ainda não foi incorporada adequadamente à jurisdição constitucional brasileira no campo penal. Partindo da proposta de identificação de parâmetros para calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos normativos formulada por Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento, é possível concluir que as leis penais incriminadoras – e todas as demais leis que ampliam ou aprofundam o poder punitivo estatal no campo penal – gozam, no Brasil e via de regra, de fraca presunção de constitucionalidade. Isso porque, no Brasil, as leis penais, em regra, (i) restringem gravemente múltiplos direitos dotados de fundamentalidade material, (ii) impactam desproporcionalmente minorias estigmatizadas, (iii) retiram os apenados da vida política, restringindo seus direitos de participação política; (iv) são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo; e (v) são resultado de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzido. Todos esses elementos recomendam a adoção de uma postura de forte desconfiança por parte da jurisdição constitucional sobre as leis penais.

Critério da fundamentalidade material dos direitos em jogo. Como se disse, leis que impactem negativamente os direitos materialmente fundamentais devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade. As leis penais no Brasil

cominam penas de prisão a praticamente todos os tipos penais incriminadores.[49] E a maior parte das penas restritivas de liberdade aplicadas não são substituídas por penas restritivas de direito.[50] As penas de prisão restringem, no mínimo, os seguintes direitos materialmente fundamentais: a liberdade de locomoção, o livre desenvolvimento da personalidade, a intimidade pessoal e familiar, a inviabilidade do direito à correspondência privada, o direito à informação, o direito de propriedade, e os direitos de reunião e associação, bem como a liberdade de expressão.[51]

A grande quantidade de direitos materialmente fundamentais restringidos pela pena de prisão conduz à significativa redução da presunção de constitucionalidade das leis penais que cominem como sanção a pena privativa de liberdade. Essa redução da presunção de constitucionalidade da lei será tanto maior quanto menores forem as possibilidades de substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito. Se as altas penas cominadas em abstrato pelo legislador ao delito, cumuladas com uma prática judicial de rejeição à possibilidade de substituição por restritiva de direito, resultarem em alta probabilidade de que a condenação sujeite o réu ao cumprimento da pena de prisão, pode-se falar em uma drástica redução da presunção de constitucionalidade da lei.

Critério da proteção de minorias estigmatizadas. Leis que impactem negativamente os direitos de minorias estigmatizadas devem ter relativizada a presunção de constitucionalidade. O direito penal brasileiro é altamente seletivo e segue uma tendência de orientar o processo de criminalização, fundamentalmente, "contra comportamentos característicos de camadas mais baixas e marginalizadas da população, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação do capital."[52] No Brasil, a política criminal real se expressa, de um lado, por meio de uma grande efetividade do controle criminal dos delitos contra a propriedade praticados por jovens, pobres e com baixo nível de escolaridade, e, por outro lado, por

49. V., a propósito, GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo*: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo. 2010. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, Brasília.

50. V., sobre o tema, CALLEGARI, André Luís; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Costituzione, diritto penale e politica criminale in Brasile tra convergenze e paradossi. *Rivista di Criminologia*, v. 3, 2013. p. 17-30.

51. V. TCC, Sentencia C-185/11, j. 16.03.2011.

52. KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 75-76.

uma forte imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos (tais como delitos fiscais e econômicos)[53] praticados por grupos sociais hegemônicos.[54]

Várias pesquisas empíricas demonstram que o direito penal produz impacto desproporcional sobre minorias estigmatizadas. Como destacou Camila Dias, "[é] sintomático que os crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas, juntos, sejam responsáveis por 75% do total de presos condenados no Brasil", que contam, tradicionalmente, com "um envolvimento dos segmentos mais pobres da população e que sistematicamente são alvos das agências de controle."[55] Em relação aos presos pela prática dos delitos de tráfico de drogas, pesquisas comprovam que a grande maioria portava pequenas quantidades no momento da sua apreensão e que foram presos em flagrante.[56] O fato de a prisão em flagrante ser a principal porta de entrada para o sistema de justiça criminal indica que os segmentos sociais mais vulneráveis à abordagem das polícias militares vão compor a maior parte da população carcerária.[57] Além disso, no período entre 2007 e 2012, o encarceramento de negros foi 150% maior do que o de brancos.[58] Está comprovado, portanto, que as leis penais têm, via de regra, impacto negativo desproporcional sobre uma minoria estigmatizada da sociedade brasileira (jovens negros, pobres e com baixa escolaridade).[59]

Critério das condições de funcionamento da democracia. A Constituição de 1988 consagra a universalidade do direito de sufrágio (art. 14, *caput*) e estabelece

53. V., sobre o tema, BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012. p. 147-175.

54. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 513.

55. DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a "crise carcerária" como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, 2017. p. 11. Disponível em: [http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf]. Acesso em: 20.12.2018.

56. Ibidem, p. 11. Disponível em: [http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf]. Acesso em: 20.12.2018.

57. V., sobre o tema, INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da Lei de Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo, 2014.

58. V. Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil. Disponível em: [http://juventude.gov.br/articles/participato-rio/0010/1092/Mapa_do_Encarceramento_-Os_jovens_do_brasil.pdf]. Acesso em: 14.04.2018.

59. V. ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos*, Cebrap, 43, nov.1995. p. 45-63.

a suspensão dos direitos políticos apenas após "a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos" (art. 15, inciso IV). O condenado por sentença transitada em julgado tem suspensos seus direitos políticos, perdendo, portanto, o direito ao voto. Por outro lado, os presos provisórios, embora tenham pleno gozo dos seus direitos políticos, têm tido o direito ao voto sistematicamente negado pela Justiça Eleitoral brasileira. Depois de sucessivas Resoluções do TSE que estabeleciam a mera possibilidade de instalação de seções eleitorais especiais em penitenciárias,[60] a fim de assegurar que os presos provisórios tenham assegurado o direito ao voto, a Resolução 23.461 do TSE, de 15.12.2015, estabeleceu uma obrigação de instalação dessas seções eleitorais.[61] A exclusão do processo político aprofunda a marginalização dessas minorias estigmatizadas sistematicamente pelo sistema de justiça criminal.

Critério do grau de legitimidade democrática. Afirma-se, a partir desse critério, que, quanto mais democrático for o processo de aprovação da lei, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade. A partir desse parâmetro, seria possível cogitar que todas as leis penais, porque aprovadas pelo Congresso Nacional – segundo o processo legislativo estabelecido pela Constituição – gozariam de alto grau de legitimidade democrática e, portanto, de forte presunção de constitucionalidade. Entretanto, não basta o aspecto formal da competência para editar a lei para garantir a democratização do processo de sua elaboração. O grau de democratização do processo de aprovação da lei não se resume a aferir se ela foi aprovada pelo órgão legitimamente eleito. Ele envolve, por exemplo, o quórum de aprovação, o grau de envolvimento popular e a qualidade do debate e das razões e fundamentação apresentadas: como ressaltou Ana Paula de Barcellos, "a democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação."[62]

Esse aspecto substancial do processo de aprovação das leis tem sido desprezado na produção legislativa em geral, mas atinge muito claramente o processo

60. Nesse sentido, é emblemática a redação do art. 19 da Resolução 22.712/2008, que estabelecia: "Art. 19. Os juízes eleitorais, sob a coordenação dos tribunais regionais eleitorais, poderão criar seções eleitorais especiais em penitenciárias, a fim de que os presos provisórios tenham assegurado o direito de voto".

61. A propósito, V. Resolução 23.461/2015 do TSE.

62. BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa*: direito a justificativa. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 67.

de aprovação de leis penais: "o processo legislativo brasileiro não possui espaços claros para a discussão de matérias relevantes a toda a sociedade, como é o caso das alterações em matéria penal ou processual penal."[63] A aprovação de leis penais sem o correspondente estudo de impacto legislativo – "uma das oportunidades de inserir, nos debates que compõem o processo legislativo, informações relevantes para que se discuta o modelo de política pública penitenciária possível em nossa estrutura legislativa e estatal"[64] – sugere que o grau de efetiva deliberação sobre as premissas empíricas sobre as quais as decisões legislativas são tomadas é mínimo e que o legislador não demonstra qualquer preocupação em discutir as consequências da aprovação das proposições legislativas. O princípio democrático em matéria penal exige mais que a regra puramente processual da maioria, requer também a informação da maioria. A escassa legitimidade substancial do processo legislativo no campo penal reduz significativamente o grau de presunção de constitucionalidade das leis que dele resultam.

Esse argumento que expõe a baixa qualidade do processo deliberativo do qual resulta a aprovação de leis penais está intimamente conectado com um outro critério utilizado para avaliar o grau de presunção de constitucionalidade que se deve conceder à lei, que é a *comparação de capacidades institucionais*. Segundo esse critério, quanto menor for a *expertise* do Judiciário no setor disciplinado pela norma, maior deve ser a sua deferência ao legislador. Mas essa maior *expertise* do legislador em face do Judiciário para controlar as variáveis que determinam as opções de política criminal só pode ser reconhecida se o processo legislativo contar com um grau mínimo de qualidade deliberativa. Ocorre que as leis penais no Brasil são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo, além de resultarem de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzido.[65]

Não se pode simplesmente presumir a maior *expertise* do legislador, dispensado qualquer tipo de consideração concreta sobre a sua capacidade de tomar decisões informadas a partir de processos efetivamente deliberativos. Desse modo, embora a *comparação de capacidades institucionais* entre os poderes Legislativo e

63. FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, ano 25, mar. 2017. p. 150.

64. Ibidem, p. 163-164.

65. Esse diagnóstico pode ser encontrado em: FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. 2016. 182 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

Judiciário sugira *prima facie* maior capacidade do legislador para fazer opções no campo de política criminal, é necessário investigar concretamente se o processo legislativo de aprovação da lei foi capaz de expressar essa maior capacidade institucional. O baixo *grau de legitimidade democrática* pode implicar também uma redução da prevalência do legislador na *comparação de capacidades institucionais* para enfrentar questões de constitucionalidade relativas às leis penais.

Em síntese, as leis penais produzidas no Brasil (i) restringem gravemente múltiplos direitos dotados de fundamentalidade material – ainda que essas restrições incidam apenas sobre os direitos que podem ser legitimamente limitados pelo cumprimento da pena; (ii) impactam desproporcionalmente minorias estigmatizadas; (iii) retiram os apenados da vida política, restringindo seus direitos de participação política; (iv) são produzidas, via de regra, sem a devida consideração das informações necessárias à compreensão do problema a ser enfrentado e sem produção de estudo de impacto do ato legislativo; e (v) são resultado de processos legislativos pouco informados e cujo grau de deliberação efetiva é bastante reduzida.

Todos esses elementos reduzem consideravelmente o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais. Quando todas essas circunstâncias se fizerem presentes – especialmente quando a lei tiver sido aprovada antes da Constituição de 1988 –, será possível até mesmo concluir pela necessidade de afirmar uma presunção de inconstitucionalidade da lei penal.[66] Disso resulta a inversão do ônus argumentativo distribuído entre o arguente da inconstitucionalidade da lei e o legislador penal: caberá a este demonstrar, com argumentos convincentes, a necessidade de preservar a vigência da lei penal, sob pena de que a jurisdição constitucional, adotando uma postura da forte desconfiança sobre a legitimidade da lei, veja-se impelida a invalidar a opção legislativa.

5. A defesa de um controle material intensivo das leis penais no Brasil

O reposicionamento da jurisdição constitucional incidente sobre leis penais pressupõe a substituição progressiva do *controle leve* (ou *de evidência*) por um

66. Essa inversão – da presunção de constitucionalidade para a presunção de inconstitucionalidade – não predetermina o resultado do juízo de constitucionalidade da lei. É possível que, mesmo diante de uma presunção de inconstitucionalidade, o Tribunal constitucional mantenha a vigência da lei, o que acontecerá sempre que o legislador tenha fortes razões – baseadas em direitos e valores constitucionais fundamentais e em premissas empíricas seguras – para justificar a restrição a direitos fundamentos consubstanciada na norma penal.

controle mais rigoroso (*intensivo*). A cautela e a prudência que devem ser nutridos pelos Tribunais constitucionais não devem resultar na emissão de um "cheque em branco" para o legislador penal. A exagerada deferência ao legislador no campo penal produziu um quadro de ampla e sistemática violação de direitos fundamentais: o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro é o exemplo mais eloquente e a síntese da elevada tolerância da jurisdição constitucional com as práticas punitivas ilegítimas.

No Brasil, a superação do dogma da insindicabilidade das leis penais pelo STF não foi acompanhada de uma pretensão coerente de submissão das leis penais a graus mais rigorosos de controle material de constitucionalidade. É certo que, se nas primeiras pronúncias de inconstitucionalidade de leis penais o STF adotou um controle mais leve (*de evidência*) – como nos julgamentos que resultaram na declaração de inconstitucionalidade da imposição de regime integralmente fechado para condenados por crimes hediondos e na declaração de inconstitucionalidade da vedação à liberdade provisória para presos em flagrante por crimes hediondos e de tráfico de drogas –, em outros julgamentos o Tribunal parece ter avançado para um tipo de controle um pouco mais intenso (*intermediário*) – como nos julgamentos que declararam a inconstitucionalidade do regime inicial fechado obrigatório para condenados por crimes hediondos e a inconstitucionalidade da proibição de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos para condenados por tráfico.[67]

Os primeiros passos do STF após a superação do dogma da insindicabilidade constitucional das leis penais se deram sob o manto de um controle pouco rigoroso, tendente à invalidação apenas de leis que se mostrassem evidentemente inconstitucionais. Essa primeira postura de maior autocontenção, embora incompatível com a elevada intensidade da restrição aos direitos fundamentais em geral impostas pelas leis penais, abriu caminho para a juridicização da política criminal e afastou a injustificável imunização da atividade do legislador penal à jurisdição constitucional.

As dificuldades de estabelecer premissas empíricas absolutamente seguras sobre os próprios fundamentos do direito penal – sua capacidade de proteger bens jurídicos, de prevenir a prática de delitos e de ressocializar criminosos – criam obstáculos ao controle jurisdicional da constitucionalidade de leis penais.

67. V., a propósito das variações no grau de intensidade de leis penais no Brasil: SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 216 e ss.

Ao se adotar uma postura segundo a qual somente serão constitucionais as leis penais que demonstrarem de forma incontestável a sua plena aptidão para assegurar a proteção de bens jurídicos, a inexistência de qualquer outra medida alternativa dotada de grau similar de aptidão para realizar seus objetivos e a demonstração segura de que a restrição de direitos por ela imposta é compensada por um grau superior de realização da proteção de direitos ou valores de igual importância, quase todas as decisões legislativas de política criminal seriam invalidadas pela jurisdição constitucional.

Por outro lado, uma proposta teórica disposta a banalizar o uso do direito penal e da pena de prisão não se compatibiliza com o estado da arte do constitucionalismo e da jurisdição constitucional. A repressão criminal é a ferramenta mais contundente de que o Estado pode se valer para regular a conduta dos indivíduos. A singular gravidade das consequências da pena criminal – quase sempre associada à restrição da liberdade de locomoção – é agravada pela elevadíssima carga simbólica associada à sua imposição. Por isso, a decisão legislativa de fazer uso do direito penal – e em especial da pena de prisão – não pode se submeter a um controle tão brando que permita que a escolha pela imposição de uma pena criminal se dê por razões de mera conveniência política. A definição dos delitos e das penas deve ser acompanhada de boas razões. O excessivo afrouxamento do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais produz como resultado mediato (de longo prazo) o seguinte quadro: o legislador deixa de ter incentivos institucionais para deliberar e justificar devidamente a decisão de restringir a liberdade das pessoas, pois, qualquer que seja a sua decisão, sempre que não se apresente como absurda, ela será reputada constitucional.[68]

A adoção de um modelo extremamente rigoroso de controle de constitucionalidade das leis penais produziria o risco de um superdimensionamento da capacidade do Judiciário de estabelecer quando e como a repressão criminal deve se manifestar. Como se disse, não se pode desprezar que o direito penal está baseado em premissas empíricas e filosóficas controvertidas. A exigência por parte da jurisdição constitucional de que todas as leis penais apresentem inquestionável fundamento empírico, por exemplo, poderia conduzir os Tribunais constitucionais a invalidar quase todo o sistema penal, o que seguramente não se compatibiliza com o princípio democrático. De outra parte, um controle pouco rigoroso da constitucionalidade das leis penais abre espaço para que as decisões legislativas nesse campo abandonem completamente a pretensão de racionalidade e passem

68. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 570-572.

a atuar de maneira puramente simbólica, impondo a repressão criminal como remédio para todos os males sociais sem que se possa vislumbrar qualquer limitação jurídica efetiva da opção de criminalizar e cominar penas.

A adoção de um modelo graduado de presunção de constitucionalidade das leis penais compõe um elemento essencial do arsenal argumentativo e institucional exigido para que o processo de juridicização da política criminal esteja atento não só à alta relevância dos direitos fundamentais restringidos por essas leis como também à necessidade de respeitar as margens de ação legislativa em um campo tão marcado por incertezas como o penal. A modulação dos graus de presunção de constitucionalidade, a partir de critérios prévia e objetivamente definidos, constitui tarefa de grande importância para o reposicionamento da jurisdição constitucional incidente sobre leis penais.

O estabelecimento de parâmetros capazes de identificar graus – leve, moderado e forte – de presunção de constitucionalidade de leis penais impacta decisivamente a intensidade do controle exercido pela jurisdição constitucional. Quanto mais extensa for a lista de direitos restringidos pela lei penal, quanto maior for a fundamentalidade material desses direitos, quanto mais a lei for diretamente dirigida a minorias estigmatizadas, quanto menor a quantidade e qualidade das informações que subsidiaram a aprovação da lei e quanto pior for a qualidade da deliberação parlamentar, menor deverá ser a presunção de constitucionalidade da lei. Por sua vez, quanto menor for o grau de presunção de constitucionalidade da lei, mais intenso será o controle jurisdicional da sua validade.

A essa altura, mostra-se necessário construir parâmetros para a submissão das leis penais a cada um dos níveis de intensidade de controle de constitucionalidade, a partir do referencial jurisprudencial norte-americano e alemão já referidos. Em primeiro lugar, parece difícil admitir a submissão de leis penais restritivas de direitos fundamentais a um controle fraco ou de evidência. Limitar a invalidação da lei penal aos casos extremados em que a inconstitucionalidade seja manifesta – ou quando o prognóstico do legislador acerca da idoneidade e necessidade da medida se apoie em premissas cuja falsidade seja evidente – significa, na prática, retroceder à doutrina da soberania do parlamento em matéria penal, tornando nulas as chances de fazer valer os direitos fundamentais em face do legislador. Como afirma Ferreres Comella, o sistema de controle de constitucionalidade das leis deve operar em momentos de normalidade democrática, e não como instituição para crises[69]. Assim, como em tempos de normalidade não abundam leis

69. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997. p. 213.

manifestamente inconstitucionais, utilizar um padrão muito elevado de presunção de constitucionalidade de leis de forma geral e reservar a declaração de invalidade para casos de inconstitucionalidade evidente equivaleria a negar a própria razão de ser da jurisdição constitucional[70].

Um controle fraco da constitucionalidade das leis penais seria contrário à lógica de *ultima ratio* do direito penal, ao reconhecimento de que os direitos dotados de maior fundamentalidade material são justamente os que são objeto de restrição pela norma penal e também à evidência de que a repressão criminal é a que carrega maior carga estigmatizadora – com potencial para promover exclusão e aprofundar desigualdades[71]. Em princípio, como reconheceu o Ministro Gilmar Mendes, o controle material de intensidade deve ser aplicado às leis penais e, pelo fato de "afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária

70. Ibidem, p. 213.

71. Essa incoerência que resulta da aplicação de teste leve no controle de constitucionalidade de leis penais foi bem apontada em voto proferido pelo juiz Jorge Ivan Palacio Palacio da Corte Constitucional da Colômbia: "[...] embora eu compartilhe do sentido geral da decisão, a razão pela qual esclareço o voto tem a ver com a necessidade de precisar a aplicação do teste estrito de proporcionalidade nos casos que definam ou agravem delitos e penas. Explico-me. Embora no julgamento se tenha anunciado a realização de um "juízo de razoabilidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas", este ao final se realizou de forma débil (teste fraco), com o que a Corte não cumpriu o que anunciou em um de seus mais recentes precedentes. Nas decisões T-388 de 2013 e T-762 de 2015, nos quais se examinou o grave problema das prisões e punições na Colômbia, se questionou o Executivo e o Congresso por terem uma política pública criminal incoerente, populista e reativa, que deve ser reformada com urgência. Entre as providências impostas se insistiu na necessidade de que o Congresso tramite pela via da Lei Estatutária – e não simplesmente ordinária – essa classe de projetos de lei e justifique devidamente a necessidade imperiosa da medida de criação ou agravação punitiva, isto é, que identifique claramente qual é o fundamento para fazê-lo, principalmente com estudos, estatísticas e investigações. Enquanto o Congresso não realize essa tarefa de forma rigorosa, cabe ao Tribunal realizar um teste estrito de proporcionalidade para avaliar a conveniência e a constitucionalidade da medida criminal proposta. Como na presente decisão, este teste não foi adotado, optei por esclarecer o meu voto. Em conclusão, a Corte para ser coerente com o seu precedente jurisprudencial, deve endurecer o controle constitucional e não aplicar as mesmas lógicas do passado que se baseavam exclusivamente na ampla margem de configuração do legislador. Neste sentido, deve se exigir uma maior carga argumentativa do Congresso para aumentar os delitos e as penas, sob o entendimento que o direito penal deve ser utilizado apenas como último recurso, e considerando que o propósito da lei penal ou ius puniendi do Estado é a ressocialização dos condenados" (TCC, Sentencia C-191-16).

importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal."[72] A importância dos bens jurídicos restringidos pelo direito penal e a intensidade dessa afetação sugerem a exigência de um controle material intensivo das leis penais.

Esse controle mais rigoroso da constitucionalidade das leis penais não deve resultar necessariamente na afirmação de uma presunção de inconstitucionalidade de um grande número de leis penais. O grau de presunção de constitucionalidade – do mais elevado ao mais baixo – será balizado pelo conteúdo da lei (direitos fundamentais por ela restringidos e intensidade da restrição) e pelo modo como lei foi produzida (nível de certeza das premissas empíricas, relevância das informações que basearam a decisão legislativa, e qualidade da deliberação legislativa).

A adoção de um controle mais intenso da constitucionalidade das leis penais não implica reconhecer que apenas as leis baseadas em premissas seguras sejam declaradas válidas pela jurisdição constitucional. Significa apenas que a eventual fragilidade dessas premissas está sujeita a um controle estrito, em que, como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, "poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância."[73] Esse modelo de controle, por óbvio, não pode elevar a exigência de racionalidade das leis penais a ponto de autorizar a invalidação de todo o sistema penal. O déficit de racionalidade do direito penal – e fragilidade das suas premissas fundamentais – não pode se traduzir em trunfo contra as leis penais em geral.

De outro lado, leis penais particularmente rigorosas – que resultam no recolhimento à prisão (especialmente quando as penas são cumpridas em condições desumanas) – originadas de propostas carentes de informação relevante, descoladas de qualquer realidade empírica e aprovadas sem deliberação suficiente devem passar por um filtro rigoroso de constitucionalidade, sob pena de esvaziar a capacidade dos direitos fundamentais de limitar o poder punitivo estatal e de fomentar uma cultura em que a liberdade individual consubstancia um recurso plenamente disponível no debate político e eleitoral. A submissão da lei penal a um controle material intensivo (de escrutínio estrito) se faz tanto mais necessária quanto mais baixo for o grau de presunção da constitucionalidade da lei.

72. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

73. STF, RE 635659, Rel. Min. Gilmar Mendes (julgamento ainda não concluído).

Portanto, entende-se que as leis penais devem se submeter, em regra, a um controle de constitucionalidade material intensivo (ou de escrutínio estrito).[74] Esse é o modelo de controle que melhor se compatibiliza com a importância dos direitos fundamentais restringidos e com a intensidade dessa restrição, já que tem maior aptidão para oferecer adequado grau de proteção aos direitos fundamentais em face do legislador penal.[75] Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes propôs a adoção pelo STF de um parâmetro geral de controle intenso (rigoroso) da constitucionalidade das leis penais. Segundo ele, tendo em vista que "a pena constitui a forma de intervenção estatal mais severa no âmbito de liberdade individual, e que, portanto, o Direito Penal e Processual Penal devem revestir-se de maiores garantias materiais e processuais", é preciso que o controle de constitucionalidade em matéria penal seja realizado "de forma ainda mais rigorosa do que aquele destinado a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa em direitos fundamentais dotadas de menor potencial ofensivo."[76]

O direito penal está baseado na premissa filosófica de que o mal produzido pela pena é compensado pelo seu benefício social. A fragilidade empírica dessa premissa – apenas o caráter retributivo da pena (ou puramente repressivo) pode

74. Essa premissa geral foi confirmada pela importante decisão do Tribunal Constitucional alemão no caso Cannabis (BVerfGE 90, 145), em que o Tribunal confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. Nessa ocasião, o Tribunal afirmou a necessidade de submeter as leis penais, via de regra, a um controle intensivo. V. trechos da decisão citados no voto do Ministro Gilmar Mendes no seguinte precedente: STF, HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 06.03.2012.

75. É interessante notar que Gloria Mesa reconhece que as premissas teóricas por ela defendidas levaria a confirmar a necessidade de submeter as leis penais a um controle mais intenso. A sua conclusão no sentido de que essa proposta não poderia ser acolhida está baseada apenas em um argumento pseudo-pragmático de que essa concepção teórica não seria operativa no atual estado da arte da jurisdição constitucional. V. LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo Foro Penal*, n. 67, 2005. p. 49.

76. Ainda segundo o Ministro Gilmar, isso significa que "se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, prima facie, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis" (STF, ADI 3112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 02.05.2007).

ser comprovado para além de qualquer dúvida – costuma ser associada à imputação de toda a carga argumentativa e probatória da inconstitucionalidade da lei penal ao demandante (réu no controle difuso e autor nas ações de controle concentrado). Nos controles leve (ou de evidência) e intermediário (ou de justificabilidade), os ônus argumentativo e probatório ainda são imputados com exclusividade – embora em graus diferentes – ao demandante. Essa distribuição do ônus argumentativo e probatório, que atribui aos indivíduos – e, no controle concentrado, ao autor das ações – toda a responsabilidade pela prova de que a lei penal é abusiva, tira do legislador qualquer ônus de demonstrar a necessidade da intervenção penal para a proteção de bens jurídicos e a capacidade da repressão criminal de contribuir para a elevação do grau de salvaguarda desses bens jurídicos.

Já o controle estrito ou material intensivo apresenta uma característica processual inovadora: imputa ao legislador a carga probatória e argumentativa de demonstrar as bases sobre as quais recaem a legitimidade da afetação de direitos fundamentais pela medida legislativa. Aqui reside um dos principais motivos pelos quais, em regra, apenas esse controle estrito se mostra adequado para o controle de constitucionalidade de leis penais. A restrição à liberdade de ir e vir imposta pelo Estado somente pode se legitimar na medida em que se exija que também o legislador deve oferecer razões suficientes para justificar a repressão criminal.

Desse modo, o controle leve deve ficar, em geral, reservado para leis penais benéficas e para verificação da (in)constitucionalidade da omissão legislativa no campo penal. A contenção do poder punitivo pelo próprio legislador – nas raríssimas vezes em que isso ocorre – deve ser controlada pelo Judiciário com o máximo grau de deferência. A escolha legislativa de não se valer do direito penal para a tutela de um determinado bem jurídico só poderá ser considerada ilegítima pela jurisdição constitucional em casos de absoluta e evidente abusividade, ou seja, quando ficar comprovado, a partir de premissas empíricas dotadas de elevado grau de segurança, que a tutela desse bem jurídico só pode ser minimamente garantida com o recurso à sanção criminal. Nesse campo, todas as dúvidas e incertezas que cercam a efetividade do direito penal para oferecer real proteção a bens jurídicos devem militar em favor da constitucionalidade da opção do legislador de reduzir o campo de incidência da norma penal ou mesmo de deixar de recorrer ao direito penal para tutelar certos direitos e interesses.

Já o controle intermediário terá lugar, preferencialmente, no exame da constitucionalidade de leis penais que não imponham como pena (provável) a prisão. Afinal, não faz sentido defender a utilização da mesma intensidade de controle

para leis que imponham pena (provável) de prisão e para leis que prevejam pena (provável) de simples restrição de outros direitos fundamentais. É a altíssima relevância axiológica da liberdade de ir e vir que justifica a construção de um parâmetro mais rigoroso de controle de constitucionalidade das leis que restrinjam esse direito fundamental.[77] Se é certo que a não cominação da pena de prisão como sanção preferencial (provável) recomenda a utilização de um nível de intensidade do controle mais brando, a opção por um controle leve (ou de evidência) não seria compatível com o elevado grau de aflitividade (jurídica e social) que o processo penal e a sanção criminal (mesmo a de restrição de direitos) representam para o acusado.

Esse controle intermediário não revela, por outro lado, patamar inadequado de proteção aos direitos fundamentais em face de leis penais que cominam pena (provável) diversa da prisão. É que, também nesse setor, a legitimidade constitucional da lei exigirá não apenas que o fim perseguido não seja constitucionalmente proibido, mas também que esse objetivo seja constitucionalmente relevante e que a medida restritiva tenha efetiva aptidão para alcançar essa finalidade.[78] Esse nível de intensidade do controle de constitucionalidade intermediário garante que as leis penais que priorizem a sanção não privativa de liberdade respeitem pautas mínimas de racionalidade.

A submissão de leis penais que cominem pena (provável) diversa da prisão, em regra, a um controle intermediário não afasta a eventual necessidade de elevar a intensidade do controle em situações específicas. O critério baseado na gravidade da sanção estabelecida pela lei oferece uma resposta meramente provisória sobre a intensidade do controle a que ela deve ser submetida. Isso porque não se pode desprezar que a lei penal incriminadora é a combinação de um preceito

77. Como destacou Barak, essa repartição dos ônus argumentativos constitui um convite ao Poder Legislativo para prestar contas e justificar a ingerência nos direitos fundamentais dos indivíduos. O princípio da proporcionalidade, que tem funcionado como um modo de organizar essa distribuição de carga probatória no controle de constitucionalidade das leis, acaba por informar todo o ordenamento jurídico constitucional, no sentido de estabelecer uma cultura de justificação do poder público. V., a respeito, BARAK, Aharon. *Proporcionality*: constitucional rights and their limitation. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 458.

78. Foi esse controle intermediário que o Tribunal Constitucional alemão utilizou no caso Cannabis (BVerfGE 90, 145), em que se confirmou a constitucionalidade da tipificação penal da aquisição e porte para consumo de produtos derivados da planta *cannabis sativa*. V., a propósito, a referência a essa precedente na jurisprudência do STF: HC 104410, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 06.03.2012.

primário – que cria uma proibição de conduta e restringe certos direitos fundamentais – e de um preceito secundário – a sanção penal. Há casos em que, apesar de a pena cominada pelo legislador ser pouco severa (sendo quase sempre convertida em restritiva de direitos), a criminalização da conduta (na dimensão do seu preceito primário) atinge gravemente direitos fundamentais de elevada relevância constitucional. Isso pode acontecer, por exemplo, em relação aos crimes contra a honra: apesar das penas baixas cominadas pelo legislador aos crimes de injúria e difamação, o direito restringido pela lei penal – liberdade de expressão – constitui direito fundamental preferencial, por sua importância para o regime democrático e sua íntima conexão com a dimensão existencial do ser humano (dignidade humana). Nesses casos, embora as sanções cominadas aos tipos penais sejam brandas (não ensejando o recolhimento à prisão), a restrição à liberdade de expressão justifica a submissão da lei penal a um controle intensivo de constitucionalidade.

Na jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, em que a maioria das decisões, como no Brasil, não faz menção explícita ao nível de escrutínio utilizado, percebe-se que o entendimento manifestado em múltiplas oportunidades sobre a ampla liberdade de configuração do legislador em matéria penal – ideia quase sempre acompanhada da advertência de que apenas casos de desproporção manifesta podem ser considerados ilegítimos – sugere uma presunção de que o controle das leis penais deve se situar no nível mais fraco. Entretanto, leis penais que restringem a liberdade de expressão, por exemplo, foram submetidas a um teste estrito de proporcionalidade pela Corte Constitucional da Colômbia.

Nesse sentido, a Corte declarou inconstitucional lei que impedia a aplicação da exceção de verdade para o delito de calúnia quando existisse sentença absolutória ou outro pronunciamento judicial de fundo que exonerasse de responsabilidade o caluniado.[79] A decisão fundamentou a aplicação do teste estrito de constitucional no caráter preferencial da liberdade de expressão. No mesmo ano, a Corte declarou a inconstitucionalidade do delito de ultraje a símbolos pátrios, ocasião em que também resolveu aplicar um escrutínio estrito de constitucionalidade – invertendo, inclusive, o ônus argumentativo, para imputar ao legislador a obrigação de justificar a legitimidade da intervenção penal – sob o fundamento de que a liberdade de expressão constitui direito fundamental preferencial.[80]

A utilização de um controle material intensivo (ou de escrutínio estrito) em relação às leis penais que tenham alto potencial de restringir a liberdade de ir e

79. Tribunal Constituccional da Colômbia, Sentencia C-417/2009.

80. Tribunal Constituccional da Colômbia, Sentencia C-575/2009.

vir não implica a adoção uniforme de um mesmo grau de deferência ao legislador. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis que restringem direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade costuma conduzir o intérprete à consideração exclusiva dos direitos materiais envolvidos. A concepção mais tradicional do princípio da proporcionalidade, tal como difundida na doutrina e na jurisprudência, é pautada exclusivamente por considerações acerca da realização dos princípios colidentes. Ocorre que essa lógica que orienta o exame da legitimidade das leis unicamente pelo grau de realização e de restrição dos direitos envolvido tem se mostrado insuficiente para o desenvolvimento de parâmetros para a revisão judicial da atividade normativa.

É nesse contexto que tem ganhado importância a inclusão no controle de constitucionalidade das leis dos princípios formais, definidos como aqueles que "fornecem razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última."[81] Além do grau de realização – e também de restrição – dos direitos materiais envolvidos no caso, a jurisdição constitucional passa a valorizar o grau de autoridade do órgão responsável pela criação da medida restritiva e o procedimento específico que foi por ele utilizado para esse fim.[82] Nesse sentido, há propostas teóricas que procuram internalizar esses princípios formais na ponderação realizada no âmbito do princípio da proporcionalidade.[83]

Embora não haja consenso na doutrina especializada sobre a forma de inclusão dos princípios formais no sopesamento e no princípio da proporcionalidade, é bastante difundida a ideia de que se deve atribuir ao princípio formal um *peso extra* no processo ponderativo. Essa proposta, defendida de forma mais tímida por Alexy,[84] foi apresentada como critério geral, no Brasil, por Paulo Gustavo Gonet Branco.[85] Segundo essa concepção, a solução do conflito de uma regra

81. SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 148.

82. V., por todos, CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

83. V., por todos, RIVERS, Julian, Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Review*, v. 65, 2006. p. 174.

84. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 105.

85. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília. No mesmo sentido: BUSTAMANTE, Thomas. Principios, reglas y derrotabilidad, el problema de las decisiones contra legem. In: BONORINO RAMÍREZ, Pablo (Ed.). *Teoría del derecho y decisión judicial*. Madrid: Bubok Publishing. p. 223 e ss.

com um princípio exigiria que se pusesse ao lado do princípio que fundamenta materialmente a regra o princípio formal como um *peso extra* resultante do postulado que exige que as regras devem ser respeitadas. Como já havia notado Ana Paula de Barcellos, a simples observância da regra realiza fins essenciais ao sistema jurídico, como a segurança jurídica e a previsibilidade.[86]

De qualquer forma, o mais relevante é observar que as propostas de interação entre princípios formais e materiais sugerem a necessidade de considerar não apenas a importância da realização de direitos materiais para o caso concreto, mas também razões de natureza formal que devem balizar a intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis. A inclusão de um princípio formal no âmbito do princípio da proporcionalidade consiste em mais uma tentativa de parametrizar a relevância dos aspectos relacionados ao órgão que produziu a norma e à forma como ela foi produzida no controle jurisdicional da validade das leis.

No campo penal, portanto, não basta considerar o grau de realização e de restrição dos direitos fundamentais envolvidos. O caráter representativo dos agentes responsáveis pela produção da lei, o grau de participação dos grupos por ela afetados no processo decisório, bem como a transparência e abertura desse processo de tomada de decisão constituem elementos relevantes para a identificação do grau de legitimidade democrática da lei cuja constitucionalidade é questionada.[87] Por outro lado, a maior capacidade técnica do órgão que produziu a lei costuma servir como critério para atribuição de maior peso ao princípio formal no processo ponderativo. O mesmo raciocínio tem sido empregado para enfatizar que a particular *expertise* do órgão julgador com relação a determinada matéria reduz o grau de deferência ao órgão que produziu a lei.[88] Tanto o grau de legitimidade democrática da lei como a capacidade técnica do órgão que a produziu são influenciados por diversos fatores e, portanto, devem receber tratamento gradual em sua dimensão prática (momento de definição do peso extra que se atribui ao *princípio formal*).

86. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 209.

87. V., sobre o tema, BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London.

88. BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London, p. 135.

Ao enfatizar a dimensão de peso dos princípios formais, fica claro que a deferência do Judiciário ao legislador não é um fator estático ou *a priori*: o controle de constitucionalidade das leis não opera com o mesmo grau de deferência em todos os casos nem depende exclusivamente do fato de que a lei controlada foi produzida pelo órgão competente seguindo o procedimento adequado. Como afirma Murray Hunt, a deferência jurisdicional ao legislador é "algo que deve ser conquistado pelo órgão decisor primário, em grau que depende de uma multiplicidade de fatores que o Tribunal deve sopesar cuidadosamente para chegar à decisão global sobre o grau de respeito que é merecido."[89]

5.1. Síntese dos parâmetros para definição da intensidade do controle de constitucionalidade incidente sobre as leis penais

As propostas teóricas que visam parametrizar os graus de presunção da constitucionalidade das leis, as intensidades do controle jurisdicional de constitucionalidade e os fatores que contribuem para atribuição de peso ao princípio formal na ponderação constituem formulações que estabelecem formas de interação entre os princípios formais e os princípios materiais. Todas elas partem da noção de que é necessário transpor os fatores institucionais e procedimentais que caracterizam a produção da lei para o itinerário argumentativo percorrido pelos juízes no controle jurisdicional de constitucionalidade dessa lei. A discussão sobre a deferência que o Tribunal constitucional deve ter em face do legislador deixa de ser um debate abstrato para ganhar concretude na medida em que se estabelecem critérios explícitos – e, portanto, controláveis – aptos a dimensionar em que grau o Tribunal deve ser deferente no momento de controlar a constitucionalidade de cada lei.

Essas formulações teóricas têm, portanto, o mérito de trazer para um único momento a apreciação não apenas dos argumentos relacionados ao grau de realização dos princípios materiais, mas também dos fatores que determinam o grau de deferência judicial ao legislador. Tudo isso serve para identificar com maior precisão e harmonizar de modo adequado (i) o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais, (ii) a intensidade do controle jurisdicional dessas leis, e (iii) o peso extra que o princípio formal – legitimidade democrática e capacidade técnica ou institucional – deve ter no processo ponderativo que se desenvolve no controle de constitucionalidade de leis penais.

89. HUNT, Murray. Sovereignty's blight: why contemporary public law needs the concept of 'due deference'. In: BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter (Ed.). *Public law in a multi-layered constitution*. Portland: Hart Publishing, 2003. p. 361.

O STF não desenvolveu, até agora, uma orientação jurisprudencial sólida orientada a diferenciar a intensidade do controle de constitucionalidade – e, por via de consequência, da aplicação do princípio da proporcionalidade –, tal como fizeram, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA e o Tribunal constitucional da Alemanha. Contudo, defende-se neste trabalho que o emprego de um critério graduável para averiguação da constitucionalidade das leis penais – *i.e.*, leve, médio e estrito – apresenta vantagens para a determinação do âmbito de configuração do legislador, pois oferece clareza em relação a *quando* e *em que temas* o Tribunal deveria submeter a lei a escrutínios mais rigorosos ou exaustivos. O subdesenvolvimento desse tema pela jurisdição constitucional brasileira tem produzido, no campo penal, a adoção injustificada de níveis baixos de intensidade de controle de leis penais e a imputação errática de elevado grau de presunção de constitucionalidade a leis penais que restringem intensamente direitos fundamentais de minorias subrepresentadas e são produzidas por meio de processos deliberativos cuja qualidade é extremamente baixa.

A escolha do nível de intensidade de controle de constitucionalidade deve ser feita a partir da consideração de aspectos *materiais* – *i.e.*, determinação da importância dos direitos fundamentais restringidos e da intensidade das restrições – e *formais* – *i.e.*, grau de legitimidade democrática do órgão que produziu a lei, de representatividade dos grupos potencialmente afetados e também da qualidade da deliberação parlamentar. A adoção de uma postura de maior ou menor deferência ao legislador não deve ser fruto do acaso, de particularismos ou de visões subjetivas dos juízes. Essas variações das intensidades do controle devem ser explicitadas pelo Tribunal, com a apresentação dos argumentos que recomendam imputar maior ou menor grau de presunção de constitucionalidade à lei, bem como atribuir maior ou menor peso *extra* ao princípio formal (e seus elementos estruturantes) no processo ponderativo.

6. Conclusões

Entende-se que as leis penais devem se submeter, em regra, a um controle de constitucionalidade material intensivo (ou de escrutínio estrito). Esse é o modelo de controle que melhor se compatibiliza com a importância dos direitos fundamentais restringidos e com a intensidade dessa restrição, já que tem maior aptidão para oferecer adequado grau de proteção aos direitos fundamentais em face do legislador penal. Já o controle leve deve ficar, em geral, reservado para leis penais benéficas e para verificação da (in)constitucionalidade da omissão legislativa no campo penal. A contenção do poder punitivo pelo próprio legislador – nas raríssimas vezes em que isso ocorre – deve ser controlada pelo Judiciário

com o máximo grau de deferência. Por fim, o controle intermediário terá lugar, preferencialmente, no exame da constitucionalidade de leis penais que não imponham como pena (provável) a prisão. Afinal, não faz sentido defender a utilização da mesma intensidade de controle para leis que imponham pena (provável) de prisão e para leis que prevejam pena (provável) de simples restrição de outros direitos fundamentais. É a altíssima relevância axiológica da liberdade de ir e vir que justifica a construção de um parâmetro mais rigoroso de controle de constitucionalidade das leis que restrinjam esse direito fundamental. Se é certo que a não cominação da pena de prisão como sanção preferencial (provável) recomenda a utilização de um nível de intensidade do controle mais brando, a opção por um controle leve (ou de evidência) não seria compatível com o elevado grau de aflitividade (jurídica e social) que o processo penal e a sanção criminal (mesmo a de restrição de direitos) representam para o acusado.

A utilização de um controle material intensivo (ou de escrutínio estrito) em relação às leis penais que tenham alto potencial de restringir a liberdade de ir e vir não implica, contudo, a adoção uniforme de um mesmo grau de deferência ao legislador. Além do grau de realização – e também de restrição – dos direitos materiais envolvidos no caso, a jurisdição constitucional passa a valorizar também o grau de autoridade do órgão responsável pela criação da medida restritiva e o procedimento específico que foi por ele utilizado para esse fim. Nesse sentido, surgem propostas teóricas que procuram internalizar esses princípios formais na ponderação realizada no âmbito do princípio da proporcionalidade. Essas propostas que procuram enfatizar a interação entre princípios formais e materiais sugerem a necessidade de considerar não apenas a importância da realização de direitos materiais para o caso concreto, mas também razões de natureza formal que devem balizar a intensidade do controle judicial da constitucionalidade das leis.

No controle de constitucionalidade das leis penais, portanto, não basta considerar o grau de realização e de restrição dos direitos fundamentais envolvidos: será necessário levar em conta também a representatividade democrática e o conhecimento técnico dos órgãos responsáveis pela produção da lei, o grau de (in)certeza das premissas que a fundamentam, e até mesmo a importância que aspectos ligados à segurança jurídica e à previsibilidade têm no caso concreto. Esses elementos formais não apresentam a mesma importância em todos casos. É que o princípio formal, como qualquer princípio, tem dimensão de peso e comporta variados graus de realização. Essas possibilidades de concretização do princípio formal se apresentam de forma gradual – não binária –, sendo possível identificar pelo menos dois grandes critérios de atribuição de peso a esse

princípio: legitimidade democrática e capacidade técnica. Tudo isso serve para identificar com maior precisão e harmonizar de modo adequado (i) o grau de presunção de constitucionalidade das leis penais, (ii) a intensidade do controle jurisdicional dessas leis, e (iii) o peso extra que o princípio formal – legitimidade democrática e capacidade técnica ou institucional – deve ter no processo ponderativo que se desenvolve no controle de constitucionalidade de leis penais.

7. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos*, Cebrap, 43, p. 45-63, nov. 1995.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propriedad, Mercantiles y Bienes Muebles de Espana, 2004.

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

BARAK, Aharon. Proportionality: constitutional rights and their limitation. New York: Cambridge University Press, 2012.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa*: direito a justificativa. 2015. Tese (Titularidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo (Coord.). *Direito penal e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier-FGV, 2012.

BRADY, Alan David Patrick. *A structural, institutionally sensitive model of proportionality and deference under the Human Rights Act 1998*. 325 f. 2009. Tese (Doutorado em Filosofia) – The London School of Economics and Political Science, London.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites. 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

COLB, Sherry F. Freedom from incarceration: why is this right different from all other rights? *New York University Law Review,* v. 69, n. 4-5, 1994.

COPELAND NAGLE, John. Delaware & Hudson revisited. *Notre Dame Law Review*, v. 72, 1997.

DIAS, Camila Nunes. Encarceramento, seletividade e opressão: a "crise carcerária" como projeto político. Friedrich Ebert Stiftung, *Análise*, n. 28, p. 11, 2017. Disponível em: [http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/13444.pdf]. Acesso em: 20.12.2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Euros Editores, 2007.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Peru: ARA Editores, 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, ano 25, mar. 2017.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CEC, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.

HUNT, Murray. Sovereignty's blight: why contemporary public law needs the concept of 'due deference'. In: BAMFORTH, Nicholas; LEYLAND, Peter (Ed.). *Public Law in a Multi-Layered Constitution*. Portland: Hart Publishing, 2003.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *O impacto da Lei de Cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo*. São Paulo, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

KLATT, Matthias. Ponderación y discrecionalidad. In: QUISPE, Jorge Portocarrero (Ed.). *Ponderación y discrecionalidad*. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

KLEIN, Robert Forrest. Rational basis? Strict scrutiny? Intermediate scrutiny? Judicial review in the abortion cases. (case note). *Oklahoma City University Law Review*, v. 9, n. 2, 1984.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. (Una aproximación a su empleo en la jurisprudencia constitucional colombiana). *Nuevo Foro Penal*, n. 67, 2005.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidade y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. XXIV, n. 22, dez. 2011.

MODUGNO, Franco. *Scritti sull'interpretazione costituzionale*. Napoli: Editoriale scientifica, 2008.

NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald; YOUNG, Nelson. *Constitutional law*. 2. ed. 1983.

RIVERS, Julian, Proportionality and variable intensity of review. *Cambridge Law Review*, v. 65, 2006.

SCHLAICH, Klaus, *El Tribunal Constitucional Federal alemán*. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Trad. L. Aguiar de Luque; M. G. Rubio de Casas. Madrid: CEC, 1984.

SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional* – Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American Doctrine of constitucional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n. 3, 1893.

ZAGREBELSKY, Gustavo; Marceno, Valeria, *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 85/267-296, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/467-494 (DTR\2010\222);
- Princípios penais constitucionais, de Eduardo Ribeiro Moreira e Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes – *RDCI* 84/223-253 (DTR\2013\7366); e
- Verificação e revisão dos fatos e prognoses legislativos das normas penais pela jurisdição constitucional, de Ricardo Pedro Bom Filho – *RT* 881/442 (DTR\2009\207).

A concepção ontológica da liberdade individual e seu *déficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal

The ontological conception of individual freedom and its verifiability deficit for the foundation of criminal-legal culpability

Bruno Tadeu Buonicore

Doutor em Direito (Direito Penal) – *Summa Cum Laude* – pela Universidade de Frankfurt – Alemanha, tendo sido bolsista de Doutorado Integral do DAAD – Deutscher Akademischer Austauschdienst (Serviço de Intercâmbio Acadêmico Alemão). Assessor de Ministro do STF. Professor da Universidade Católica de Brasília. Professor do Curso de Especialização em Ciências Penais (Pós-Graduação *Lato Sensu*) da PUCRS. Advogado licenciado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0536-268X. bruno.buonicore@gmail.com

Recebido em: 19.03.2019
Aprovado em: 30.09.2019
Última versão do autor: 09.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O entendimento nuclear a ser defendido neste artigo é o de que a concepção ontológica da liberdade individual produz um *déficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal diante do ilícito-típico, enfraquecendo assim o centro normativo da categoria no oferecimento de legitimidade e limites à intervenção criminal. Se as dificuldades encontradas pela concepção naturalista estão relacionadas a uma falta de subjetividade, aqui os problemas vão na direção de uma falta de objetividade, constatação que está diretamente ligada à aporia encontrada nessa concepção no que diz respeito ao acesso do conhecimento objetivo à liberdade individual.

Palavras-chave: Direito penal – Culpabilidade – Liberdade – Ontologismo.

Abstract: The aim of this essay is to present and justify the thesis that the ontological conception of individual freedom results in a verification deficit related to the foundation of criminal culpability on the bases of the classification of the illicit act and that the normative core of legal guilt, as the main legitimacy-fostering and limit-imposing category of criminal intervention, is thereby weakened. Whereas the naturalistic conception has difficulty justifying a lack of subjectivity, the problems of the ontological conception point towards a lack of objectivity, which is internally connected with the question of objective knowledge's impossibility of the access to subjective freedom.

Keywords: Criminal law – Culpability – Freedom – Ontologism.

Buonicore, Bruno Tadeu. A concepção ontológica da liberdade individual e seu *déficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 61-104. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade da vontade, culpabilidade e pena por retribuição na teoria das normas de Binding. 2.1. A liberdade da vontade e seu conteúdo subjetivo como um pressuposto metafísico indeterminista. 2.2. O conceito de culpabilidade e a pena por retribuição. 3. O finalismo de Welzel. 3.1. A *estrutura lógica da coisa* como realidade ontológica dada (pressuposto metafísico). 3.2. A estrutura final da ação como alternativa ao determinismo das leis naturais. 3.3. A teoria normativa pura da culpabilidade – Censura do objeto no lugar de objeto da censura. 3.4. A liberdade da vontade *(poder de agir de outra maneira)* como conteúdo subjetivo da ação e fundamento ético-material da culpabilidade. 4. A ontologia de Kaufmann (Arthur) entre o ôntico e o ontológico – Delimitação. 5. A perspectiva ontológica de Wulff – Um contributo a partir da filosofia de Heidegger. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução

O entendimento nuclear a ser defendido neste artigo é o de que a concepção ontológica da liberdade individual produz um *déficit de verificabilidade* para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal diante do ilícito-típico, enfraquecendo assim o centro normativo da categoria no oferecimento de legitimidade e limites à intervenção criminal. Se as dificuldades encontradas pela concepção naturalista estão relacionadas a uma falta de subjetividade, aqui os problemas vão na direção de uma falta de objetividade, constatação que está diretamente ligada à aporia encontrada por essa concepção – no plano epistemológico – no que diz respeito ao acesso do conhecimento objetivo à liberdade individual.

Ao preencher a liberdade individual com elementos de ordem subjetiva, a concepção ontológica alcança de fato um conceito forte de autodeterminação, em que o indivíduo é capaz de colocar para si próprio, direta ou indiretamente por meio de sua vontade, a finalidade do que ele quer realizar no mundo, permitindo então a diferenciação entre comportamentos autônomos e heterônomos e a consequente responsabilização pessoal pelos resultados fáticos ligados à cadeia causal que o sujeito autonomamente inicia como *causa sui*: "a ação é reconhecida como sendo do agente por causa de sua escolha e seus efeitos são compreendidos como sendo por ele desejados. O agir e seus efeitos, ou resultados, são uma extensão da vontade do agente."[1] Isso faz com que as construções desse modelo

1. Tradução nossa, *in verbis*: "Die Handlung ist wegen der Wahl als seine Handlung zu verstehen und die Folgen sind von ihm in einem bestimmten Sinne gewollt. Handeln und Folgen sind eine Extension des Willens" (WILENMANN, Javier. Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. *Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 12. Mohr Siebeck, 2014. p. 63).

argumentativo metadogmático no plano ético sejam também fortes (censura e retribuição), sendo oferecida assim uma possibilidade de crítica material diante do direito positivo e da política-criminal dominante: "existe um potencial crítico em face das determinações do direito positivo [...] o modelo ontológico representa um conceito de culpabilidade material por excelência [...] é resistente contra as tentações da política-criminal."[2] A aporia fundamental que se deixa identificar na concepção ontológica, entretanto, é que suas construções no plano ético, por mais promissoras que sejam, não se sustentam no plano epistemológico.[3] Por sua natureza subjetiva, a concepção ontológica encontra barreiras intransponíveis dentro da teoria do conhecimento no que pertine ao acesso à liberdade individual. A liberdade resta presa de forma monológica em um espaço subjetivo de reflexão do indivíduo para consigo mesmo que não é capaz de ganhar objetividade nos processos formais do conhecer.[4] Isso ocorre porque a liberdade é concebida como uma realidade dada e pretérita à relação intersubjetiva (comunicativa) que não se deixa verificar: não é possível saber o que se passa dentro da subjetividade do outro.

Diante do aqui denominado *déficit de verificabilidade*, as construções da concepção ontológica em relação à liberdade individual se tornam meras pressuposições e/ou especulações metafísicas, que precedem a comunicação e que não podem ser conhecidas objetivamente (podem apenas ser sentidas internamente

2. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] entfaltet er gegenüber den Bestimmungen des positiven Rechts kritische Potenz [...] Der ontologische Schuldbegriff ist ein materieller Schuldbegriff par excellence [...] ist diese Schuldkonzeption resistent gegenüber allen denkbaren kriminalpolitischen Versuchungen" (NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 393).
3. Sobre isso, conferir: NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 392-394. Em uma crítica à fonte ontológica, ver também: HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: Lüderssen, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?*. Band I, Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 350-351; ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 21 ss.
4. Em uma crítica, nesses termos, ao conceito de liberdade em Kant, que representa a mais importante influência metadogmática dessa concepção, ver: HONNETH. *Das Recht der Freiheit*, 2011. p. 69.

e pressupostas no outro, mas não verificadas no outro), estabelecendo-se assim um abismo entre o *ser* abstrato da metafísica e o *dever ser* pressuposto pela normatividade jurídico-penal.[5] Fato é que, ao contrário do que ocorre com realidades construídas a partir do marco intersubjetivo (socialmente e/ou historicamente), que permitem uma operação comunicativa de atribuição ou, como é o caso desta tese, de reconhecimento concreto recíproco, realidades ontológicas dadas (um *ser* que precede a relação com o outro) demandam uma atividade de descrição e, com isso, necessariamente uma operação de verificação na produção e no alcance de seu significado: "trata-se de verificação e não de atribuição."[6] A não realização com sucesso dessa operação de verificação, entretanto, retira da fundamentação ontológica todo seu alicerce epistemológico na construção do direito penal.[7]

As principais características em comum que unem as construções teóricas que optam pela metodologia de ordem ontológica em relação ao alcance do significado da liberdade individual como fundamento e axioma do direito penal são aqui delimitadas como as seguintes: (1) a pressuposição fundamental de que a construção do direito penal ideal e/ou correto passa pelo conhecimento do *ser*[8] – pelo conhecimento de estruturas dadas que antecedem a relação entre os sujeitos e que com isso antecedem também a realidade por eles construída. Assim como ocorre com a concepção naturalista, trata-se de descrever uma realidade que precede a atividade de atribuição de significados pelos homens – o significado da

5. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 393.

6. Tradução nossa, *in verbis*: WILENMANN, Javier. Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. *Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 12. Mohr Siebeck, 2014. p. 64).

7. Sobre isso, pode-se dizer que a concepção naturalista e a concepção ontológica pressupõem uma operação de verificação, enquanto a concepção funcionalista e a ético-social não consequencialista, que repousa na teoria do discurso, pressupõem uma operação de atribuição, que se pretende com esta tese preencher com relações concretas de reconhecimento recíproco. Sobre a diferenciação conceitual entre verificação e atribuição, conferir: GÜNTHER. Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens. In: Lüderssen, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?*. Band I, Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 319 s.

8. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391.

liberdade individual surge pela via da descrição de algo que já existe em um espaço subjetivo e metafísico, e não pela via da construção social, histórica, comunicativa e/ou intersubjetiva. A perspectiva da concepção ontológica em relação à liberdade individual pode ser retratada como subjetiva (em primeira pessoa), justamente porque o significado da liberdade e seus fundamentos de possibilidade antecedem a relação intersubjetiva (em segunda pessoa) – é o significado da liberdade como elemento dado, pressuposto em nossa constituição antropológico-filosófica e/ou existencial, que representa a condição de possibilidade da posterior relação com o outro, e não a relação comunicativa e intersubjetiva em si que possibilita a produção do significado da liberdade individual para a ordem jurídico-penal, como pressupõe esta tese; (2) ao contrário do que ocorre com a concepção funcionalista, que trabalha com o binômio eficaz/ineficaz, e do que ocorre com a concepção ético-social, que trabalha com o binômio justo/injusto, a concepção ontológica trabalha como o binômio *ser/não ser*, ou certo/errado, sempre na busca de uma correspondência dos postulados normativos com os postulados ontológicos;[9] (3) ao contrário do que ocorre com a concepção naturalista que opera, na teoria do conhecimento, com a empiria naturalista, a concepção ontológica opera com o método dedutivo da metafísica e da antropologia filosófica, pressupondo a existência de realidades e valores gerais e ideias que são pretéritos e independentes da realidade social comunicativa; (4) a concepção ontológica é idealista no sentido de que pressupõe realidades que, por antecederem a relação comunicativa entre os sujeitos (é porque é; é porque nós deduzimos filosoficamente e/ou metafisicamente que é; é porque se desvelou fenomenologicamente que é; é porque nós percebemos desde muito cedo que é; é porque nossa experiência interna mostra que é; é porque logicamente é demonstrado que é; é porque é de nossa constituição antropológico-filosófica e/ou existencial que é; é porque nós pressupomos que é; em vez de: é porque nós construímos socialmente, comunicativamente e intersubjetivamente que *deve ser*), estão para além de nossas capacidades de produção de significados e por isso existem independentemente de nossa dificuldade ou até impossibilidade em acessar o seu conteúdo.[10] Isso significa que a concepção ontológica, nesses termos

9. NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 391 ss.

10. Conferir: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 66 ss.; KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*: Gesammelte Aufsätze und Vorträge. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1982. p. 12 s.

tradicionais (*ser* metafísico e subjetivo que eventualmente baliza e possibilita a relação, mas que as precede ontologicamente), encontra-se historicamente antes do movimento revolucionário da virada comunicativa na teoria do conhecimento, já que o conceito de metafísica aqui trabalhado está ligado "ao intento de pressupor a existência de entidades ideais que são objeto do conhecimento humano, mas não são o produto de sua própria construção";[11] (5) a concepção ontológica pressupõe, em nível dogmático, a pena por retribuição e a culpabilidade como uma censura ético-pessoal pelo ilícito-típico. As contribuições da concepção ontológica são fecundas no plano ético.

A seguir serão analisadas aquelas concepções ontológicas que, em suas variações internas, acredita-se que sejam as mais significativas para a construção do conceito de culpabilidade na teoria do crime contemporânea – as que possuem maior relevo em nível dogmático: (1) Binding; (2) Welzel; (3) Kaufmann (Arthur); (4) Wulff.

2. Liberdade da vontade, culpabilidade e pena por retribuição na teoria das normas de Binding

Acredita-se que a concepção ontológica da liberdade individual pode ser encontrada já nas construções de Binding, autor em que a culpabilidade aparece pela primeira vez como um predicado subjetivo da manifestação da vontade que realiza o ilícito-típico objetivo.[12] Tal característica da vontade (vontade culpável) representa na teoria das normas de Binding um pressuposto subjetivo irrenunciável da ilicitude – da contrariedade à norma. Ao preencher subjetivamente a ilicitude, o autor condiciona mutuamente ilicitude e culpabilidade[13] – não há culpabilidade sem ilicitude, assim como não há ilicitude sem culpabilidade, já

11. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] den Begriff der Metaphysisch jedenfalls in diesem Zusammenhang auf die Annahme der Existenz idealer Entitäten zu beschranken, die Gegenstand menschlicher Erkenntnis, nicht Produkte menschlicher Konstriktion sind" (NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 232).

12. Conferir: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 267 ss. Ver também: WESTPHALEN, Daniela. Karl Binding. *Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien*, 26. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989. p. 262.

13. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 269 e p. 276.

que "as normas atingem apenas aqueles que são considerados capazes de ação e de delito."[14] Na qualidade de pressuposto fundamental da capacidade de culpabilidade e/ou de imputabilidade[15] e, portanto, da própria ilicitude jurídico-penal e com isso também da reação estatal por meio da pena, a possibilidade da liberdade individual – a liberdade da vontade – permite ser identificada em Binding como um axioma ontológico dado no espaço subjetivo, uma realidade que busca ancoragem nas ciências do espírito e que precede a comunicação intersubjetiva.[16]

2.1. A liberdade da vontade e seu conteúdo subjetivo como um pressuposto metafísico indeterminista

Ao contrário do que ocorre na doutrina causalista de Von Liszt e de Beling, a ação possui para Binding um conteúdo subjetivo que não se separa da manifestação da vontade e também do fato típico no mundo exterior (vontade, ação e fato são para o autor um contínuo)[17] – trata-se de um conceito forte de liberdade indi-

14. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] da sich für ihn die Norm nur an den Handlungs- bzw. Deliktsfähigen richtet" (SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 25).

15. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 16 ss.

16. Binding trabalhava com pressupostos indeterministas, opunha-se ao naturalismo e ao psicologismo e buscava ancoragem nos autores do idealismo alemão, especialmente em Hegel e Kant, não possuindo ao seu tempo recursos para construir um conceito propriamente comunicativo e intersubjetivo da liberdade individual. Sobre as bases da orientação teórica de Binding na teoria do conhecimento, ver: SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13; BINDING. *Handbuch*, 1885. p. 6-7; *Rauch*, RAUCH HÖPHFFNER, Herbert. *Die Klassische Strafrechtsschule in ihrer politischen Bedeutung*. Leipzig: Weicher, 1936. p. 4-5. Considerando que esta tese adota uma perspectiva neo-hegeliana, que passa pelas construções de Honneth, é importante registrar que o hegelianismo (ciências do espírito) e o neo-hegelianismo de Honneth (atualização dos conceitos hegelianos na filosofia social) não se confundem. Nesse sentido, o esclarecimento de Honneth, ao afirmar que as premissas filosóficas de Hegel não são hoje mais plausíveis, sobretudo no que diz respeito ao monismo ontológico em que se movimenta a dialética do espírito, uma espécie de solipsismo filosófico não mais sustentável atualmente. Sobre isso, conferir: HONNETH. *Das Recht der Freiheit*, 2011. p. 17.

17. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 93 ss., p. 270-271 e p. 276. Ver também: SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 25.

vidual (de autodeterminação) no qual o sujeito é capaz de colocar para si próprio o objetivo e/ou o motivo último do que ele quer realizar no mundo como *causa sui*.[18] Ao refutar a posição metadogmática naturalista, caracterizada à época principalmente pelo psicologismo,[19] Binding refuta também o argumento determinista que toca à liberdade individual e suas consequências para o direito penal:

> "em nenhuma outra área de nossa vida espiritual o ponto de vista fundamental determinista forma um corpo estranho tão absolutamente não receptível como no direito. Quando esse corpo estranho assume os fundamentos do direito, o direito e sua ciência começam a secar e murchar [...] a culpabilidade se torna o demônio dos deterministas."[20]

A partir disso, Binding vai buscar o fundamento da liberdade individual em um outro plano metodológico – uma maneira não naturalista de encarar o significado de realidade.[21]

Assim como vai ocorrer posteriormente em Welzel, Binding também refuta o indeterminismo absoluto no qual a vontade e a ação, que se ligam ao fato, não teriam qualquer razão ou causa. Ao contrário disso, o autor sustenta que existe de fato uma razão ou causa para a ação humana. Essa causa, entretanto, é colocada pelo próprio indivíduo que age por meio de sua subjetividade no mundo,

18. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 17 ss. Conferir também: *Seindenstücker*, SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13 ss.

19. Sobre a posição de Binding em relação ao naturalismo, conferir: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 22; BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 3 ss.; SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13 ss.

20. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] für kein Gebit unseres geistigen Lebens bilden aber die deterministischen Grundanschauungen so absolut unaufnehmbare Fremdkörper, wie für das Recht. Gelingt es ihnen dennoch, auf seinem Boden Fuß zu fassen, so beginnt das Recht und seine Wissenschaft zu verdorren [...] die Schuld wurde zum böse Dämon der Deterministen" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre* Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. VII).

21. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 11 ss.

encontrando suas raízes em uma reflexão monológica do sujeito para consigo mesmo. Em uma confessa alusão à filosofia de Kant, sustenta o autor: "eu entendo como liberdade humana a capacidade de tornar-se (sozinho e/ou unicamente) a causa de seu próprio comportamento."[22] Trata-se do elemento de indeterminação da subjetividade humana que não pode ser explicado pelas ciências naturais – uma quebra do determinismo das leis naturais sustentada no conceito de liberdade de Kant.

O resultado disso é a estruturação de um conceito de responsabilidade jurídico-penal, como censura pela contrariedade da norma, que atinge não só o resultado no mundo exterior, mas também o próprio conteúdo ilícito da vontade,[23] que por meio de uma decisão autônoma do sujeito não se separa do fato: "o momento do fato é inseparavelmente ligado ao momento da vontade"[24] – ao contrário do que ocorre no causalismo, a manifestação da vontade não se separa de seu conteúdo subjetivo, pressuposto aqui como uma relação direta com o resultado ilícito no mundo exterior.[25]

Em sua construção sobre o sentido das normas e sua transgressão, Binding defende a ideia de que a norma jurídico-penal pressupõe, necessariamente, o axioma da capacidade subjetiva do homem de romper com as leis naturais em sua ação (uma figura de homem indeterminista e subjetiva):

> "a alma humana é a única fonte de todo o seu comportamento. A negação dessa frase representa a perda da razão de ser de todo o direito. A capacidade da alma de produzir seus efeitos sobre o corpo e, com isso, sobre o mundo exterior é o axioma de todo o direito."[26]

22. Tradução nossa, *in verbis*: "Ich verstehe unter der Freiheit des Menschen seine Fähigkeit, alleinige Ursache seiner Handlungen zu werden" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 17, nota de rodapé de n. 2).
23. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 275.
24. Tradução nossa, *in verbis*: "Das Tat- und das Willensmoment sind untrennbar miteinander verbunden" (SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld: subjektive Tätereleme*nte *im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 25).
25. Sobre o conceito de ação em Binding, ver: RADBRUCH, Gustav. *Handlungsbegriff*. Berlin: De Gruyter, 1903. p. 88 ss. Sobre o contraponto com o determinismo no pensamento de Binding, conferir também: SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13 ss.
26. Tradução nossa, *in verbis*: "Des Menschen Seele ist der alleinige Quell aller seiner Handlungen. Mit der Leugnung dieses Satzes verliert alles Recht seine Daseinsberechtigung.

Tal axioma indica claramente a reivindicação por parte do autor de uma anterioridade dos processos subjetivos sobre os processos causais-corpóreos na cadeia causal que leva à ação e ao fato[27] – uma característica clara da opção pela perspectiva interna (em primeira pessoa) da liberdade individual, em que a noção de alma e/ou espírito (claramente subjetiva) desempenha um papel central na construção do significado jurídico-penal da capacidade para a obediência da norma.[28] Dessa maneira, o axioma da liberdade da vontade e seu conteúdo subjetivo em Binding passam a ser a pedra fundamental de toda sua construção.[29]

2.2. O conceito de culpabilidade e a pena por retribuição

O conceito de culpabilidade e de pena por retribuição em Binding tem como plano de fundo político-ideológico a tese de que "não o autor, mas o fato é que deve ser penalizado." De acordo com esse postulado liberal, o autor do fato não poderia ser penalizado por suas características pessoais ou escolhas sobre si próprio, mas somente pelo ilícito-típico concreto causado por sua vontade.[30] O ideal

---

Die Fähigkeit der Seele, auf den Leib und durch ihn auf die Außenwelt zu wirken, ist für jedes Recht Axiom" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 5-6). Conferir também: p. 41 ss.

27. Conferir: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 6 ss., p. 16 ss. e p. 40 ss.

28. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 8 ss. Sobre o debate entre a perspectiva subjetiva e a perspectiva objetivo-naturalista na relação entre *ser* e *dever ser*, ver: MEZGER, Edmund. *Sein und Sollen im Recht*. Tübingen: Mohr, 1920. p. 2 ss. e p. 56 ss. Ligando a ideia do querer (vontade) à consciência, conferir: STAMMLER. *Das Recht im staatlosen Gebiete*. Festschrift für Karl Binding, 1911. p. 346.

29. SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13 ss. Nessa mesma direção, sobre a discussão metodológica que envolve o conceito de liberdade: "O homem não quer conhecer a liberdade, quer apenas colocar a ela valor [...] o direito penal só é possível com o fundamento da liberdade da vontade." Tradução nossa, *in verbis*: "Die Freiheit will man aber nicht erkennen sondern werten [...] Das Strafrecht ist nur auf dem Grunde der Willensfreiheit möglich" (SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Strafrechts*. Berlin, Leipzig: de Gruyter, 1921. p. 529-530).

30. Tradução nossa, *in verbis*: "nicht der Täter, sondern die Tat wird bestraft" (SUHR, Hans. *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19*. Jahrhunderts. Gottingen: Masch. Vervielf,

político do liberalismo acompanha de fato toda a construção de Binding, que pressupõe uma esfera de autonomia do indivíduo em face do Estado que se deixa ligar à norma. Cumprindo a função de legitimidade e limites da intervenção criminal estatal, a norma representa para o autor "uma limitação e, ao mesmo tempo, uma garantia da liberdade individual."[31] Essa liberdade meramente negativa como fruto da relação entre indivíduo e Estado, própria do liberalismo, é preenchida em Binding, como se viu, com elementos subjetivos ligados às ciências do espírito e que aparecem na forma de um axioma da constituição ontológica do indivíduo como sujeito autônomo. Isso significa que a ideia de autonomia (liberdade individual) que a normatividade jurídico-penal pressupõe como capacidade para obedecer à norma é para Binding um pressuposto ontológico da relação entre indivíduo e Estado e não o seu produto, como propõe esta tese.

A partir disso, Binding vai estabelecer um conceito de culpabilidade que não se separa da manifestação da vontade ilícita individual – vontade contrária ao direito (vontade ilícita) e culpabilidade estão intimamente ligadas na teoria das normas de Binding.[32] Culpabilidade é para Binding a ação ilícita e culpável que representa "não só o pressuposto, mas o fundamento da pena."[33] Isso significa que, ao contrário do que ocorre em Von Liszt, não existe aqui ação relevante para o direito penal que não seja culpável: "a culpabilidade é a ação relevante para o direito que é contrária ao direito."[34] Dito de outra forma: a manifestação da vontade (ação) pode ser lícita ou ilícita. Se for lícita, não interessa para o direito penal, e

1947. p. 58). Sobre o direito penal do fato, pressuposto por Binding, conferir também: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 283.

31. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] stellt jede norm eine Beschränkung und zugleich Garantie der Individualfreiheit dar" (SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 25).

32. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 276. Pode-se dizer que esse é um ponto em comum que liga as construções de Binding ao pensamento de Welzel, no qual a culpabilidade é sempre culpabilidade do conteúdo da vontade. Também a ideia de pena por retribuição é defendida por Welzel.

33. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] nicht nur die unentbehrliche Voraussetzung, sondern den Rechtsgrund der Strafe" (BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*: Vorsatz, Irrtum, und Fahrlässigkeit, Leipzig: Meiner, 1919. p. 3).

34. Tradução nossa, *in verbis*: "Die Schuld in diesem Sinne ist rechtlich bedeutsame und zwar widerrechtliche Handlung" (BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*: Vorsatz, Irrtum, und Fahrlässigkeit, Leipzig: Meiner, 1919. p. 5).

se for ilícita, precisa ser culpável. A ilicitude pressupõe, dessa maneira, o elemento subjetivo da ação para existir – para haver ilicitude em Binding é preciso que o conteúdo da vontade contrário à norma seja a causa do fato e que esse conteúdo seja culpável.[35] Nesse sentido, o autor resume uma vez mais sua perspectiva de culpabilidade: "culpabilidade é a vontade de um sujeito capaz de ação como causa da ilicitude."[36]

A culpabilidade diz respeito em Binding, portanto, à qualidade do conteúdo da vontade do indivíduo em relação ao fato ilícito. Os dois modos de apresentação desse conteúdo ilícito da vontade são o dolo e a culpa em sentido estrito.[37] Isso quer dizer que Binding, assim como os naturalistas que contrapõe, também adota um conceito psicológico de culpabilidade,[38] porém, com as diferenças fundamentais que guardam relação com a presença do conteúdo subjetivo da ação em sua teoria. Entre tais diferenças, encontra-se a ideia de que a capacidade de ação, ou capacidade de culpabilidade (se equivalem em Binding), não representa um elemento pressuposto externo ao conceito, como ocorre em Von Liszt, mas um elemento integrante da própria noção de culpabilidade. A capacidade de ação, que configura nesse quadro teórico a própria ideia de imputabilidade, pressupõe para o autor: a capacidade humana de liberdade da vontade, uma determinada medida de razão jurídica[39] e, com isso, a capacidade para realizar ações de acordo e contrárias ao dever jurídico (capacidade para o delito), que carrega

35. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 93.

36. Tradução nossa, *in verbis*: "Schuld [...] ist der Wille eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 293). Trata-se aqui de uma síntese da forma como Binding concebe a relação entre ação, ilicitude e culpabilidade em sua teoria das normas.

37. Sobre os pormenores do conceito de dolo e de culpa em sentido estrito em Binding, bem como sobre suas origens históricas, conferir: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 324 ss.; BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*: Vorsatz, Irrtum, und Fahrlässigkeit, Leipzig: Meiner, 1919. p. 10 ss.

38. Sobre tal constatação, conferir: SUHR, Hans. *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19*. Jahrhunderts. Gottingen: Masch. Vervielf, 1947. p. 63.

39. Sobre esses dois pressupostos iniciais, conferir: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 120.

consigo a possibilidade do conhecimento da norma como requisito: "a capacidade de reconhecer a relação entre o próprio ato e a norma e de se manter de acordo com a norma."[40]

No que pertine aos fundamentos da pena, o axioma da autonomia da vontade não poderia levar a outro caminho em Binding senão o da pena por retribuição. A construção da ideia de pena como retribuição diante do conteúdo da vontade contrário à norma é, em Binding, uma consequência direta de sua visão indeterminista de homem, que pressupõe, como se observou, a subjetividade humana como objeto da norma.[41] Assim como o determinismo é concebido como algo fatal para a construção do significado da ação humana e do sentido do direito penal,[42] a pena por prevenção e/ou segurança é também fortemente rechaçada pelo autor. As noções de recuperação e de neutralização (prevenção especial positiva e negativa), assim como a ideia de intimidação da comunidade para o não cometimento futuro de crimes (prevenção geral negativa) são consideradas por Binding medidas policialescas arbitrárias que põem as garantias individuais em risco e que não prestam como argumentos para legitimar e limitar a pena – a intervenção criminal não poderia ganhar legitimidade por meio desses interesses ligados ao grupo, mas por meio de critérios éticos ligados à culpabilidade pessoal do agente.[43]

40. Tradução nossa, *in verbis*: "Das Vermögen, die eigene Tat im Verhältnisse zur Norm zu erkennen und im Einklange mit ihr zu erhalten" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre* Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 170). Trata-se, em parte, da consciência da ilicitude.

41. Sobre a figura indeterminista de homem que a norma deve atingir em Binding, ver: SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 13 ss.

42. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 42.

43. Sobre essa posição de Binding, que está intimamente ligada a sua ideia de liberdade da vontade dotada de conteúdo subjetivo, conferir como fonte as seguintes obras: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 66 s; BINDING, Karl. *Grundriß des deutschen Strafrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1907. p. XV; BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914. p. 427 ss.; SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938. p. 16-17.

3. O finalismo de Welzel

Pode-se dizer que a concepção ontológica da liberdade individual encontra seu ponto alto dentro da teoria do crime contemporânea no finalismo de Welzel – "a última grande empreitada metafísica na teoria do direito penal."[44] *A noção central de que a ação humana "é o exercício da atividade final" e que ela retrata, portanto, "um acontecimento final e não meramente causal"*[45] representa a pedra fundamental de toda a teoria do crime finalista.[46] A capacidade de se autodeterminar de acordo com a norma jurídico-penal (a liberdade da vontade de obedecê-la) é na teoria de Welzel um axioma de ordem ontológica – independentemente da realidade social – que integra a constituição antropológica essencial do homem[47] e que fundamenta o juízo de censura dotado de conteúdo ético defendido pela perspectiva filosófico-metafísica do autor.[48] Por meio do recurso da chamada *estrutura lógica da coisa* como substrato ontológico dado, Welzel busca no nível metadogmático um caminho alternativo tanto ao direito natural como ao positivismo jurídico[49] – um espaço metodológico entre o essencialismo da tradição naturalista e o nominalismo da forma na busca por um direito penal material

44. Tradução nossa, *in verbis*: "Welzes Lehre stellt den bislang letzten großangelegten Entwurf einer metaphysischen Strafrechtstheorie dar" (PAWLIK, MIchael. Welzel – ein Klassiker?. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 1). De fato, o finalismo representa até ao momento a última fundamentação metafísica de um sistema dogmático que se propõe a trabalhar as categorias do direito penal como um todo.

45. Tradução nossa, *in verbis*: "Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit. Handlung ist darum finales, nicht lediglich kausales Geschehen" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 29). Trata-se do axioma de todo o sistema finalista.

46. WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 197 s.

47. Nas palavras do autor: "Liberdade pertence assim à constituição antropológica essencial do homem como pressuposto da ação final [...]" Tradução nossa, *in verbis*: "Freiheit gehört daher zur anthropologischen Wesensverfassung des Menschen als Voraussetzung für finales Handeln [...]" (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 205).

48. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 20.

49. SEELMANN, Hans. Welzels sachlogische Strukturen und die Naturrechtslehre. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 7 ss.

anterior ao legislador que não viesse a cair no relativismo axiológico dos neokantianos ou da filosofia existencial.[50]

3.1. *A* estrutura lógica da coisa *como realidade ontológica dada (pressuposto metafísico)*

O desenvolvimento do conceito de *estrutura lógica da coisa* no pensamento de Welzel é fruto da tentativa de encontrar uma ancoragem substancial (material) para a construção do direito penal que viesse a transcender e superar a lógica das leis naturais.[51] Tal ancoragem deveria prestar como recurso teórico que, no nível da fundamentação metadogmática, permitiria: (1) o oferecimento de uma medida material que antecede e condiciona a atividade do legislador;[52] (2) a configuração de um elemento concreto e fixo que supera o relativismo valorativo da doutrina neokantiana.[53]

---

50. Sobre isso, conferir: WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 178 ss.

51. SEELMANN, Hans. Welzels sachlogische Strukturen und die Naturrechtslehre. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 7 ss. Sobre o tema, ver também: SINN. *Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, 2007. p. 260 ss.; HASSEMER, Winfried. *Sachlogische Strukturen* – noch zeitgemäß?. Festschrifft für Hans-Joachim Rudolphi. Neuwied: Luchterhand, 2004. p. 61-74.

52. Sobre isso, conferir: WELZEL, Hans. Naturrecht und Rechtspositivismus. In: MAIHOFER, Werner (Hrsg.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1966. p. 334. Sobre essa discussão acerca de um substrato material condicionador, conferir a obra: RADBRUCH, Gustav. *Die Natur der Sache als juristische Denkform*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1960; *Stratenwerth*, Das STRATENWERTH, Günter. *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*. Tübingen: Mohr, 1957.

53. WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 178 ss. Na área estritamente do direito penal, pode-se citar aqui como os neokantianos mais destacados desse movimento de resgate transcendental de valores, entre outros: FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: Mohr, 1922. p. 1 ss.; ERNST MAYER, Max. *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*: drei Begriffsbestimmungen. Leipzig: Hirschfeld, 1901. p. 4 ss.; FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Gießen: Rickers Verlag, 1907. p. 4 ss.; GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Festgabe für Reinhard von Frank. Tübingen: Mohr, 1930. p. 428 ss.; RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Leipzig: Quelle & Meyer, 1932. p. 10 ss.; MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 55, 1936. p. 1 ss.

A questão que se coloca aqui, entretanto, é em que medida se torna realmente possível, do ponto de vista lógico e epistemológico, a criação de uma estrutura ontológica que é dada (não é o produto de uma atividade de significação comunicativa e/ou intersubjetiva), que possui objetividade substancial sem precisar da empiria natural, que permite o juízo valorativo sem cair no subjetivismo e/ou no relativismo axiológico dos neokantianos ou da filosofia existencial e que, ao mesmo tempo, é anterior à norma. Acredita-se que todas essas características não possam ser atendidas ao mesmo tempo, de modo que a *estrutura lógica da coisa* ou se trata de uma realidade empírica neutra, que não rompe com o naturalismo, ou de um fenômeno ligado ao direito natural, que carrega implicitamente valor,[54] ou de uma construção intersubjetiva ligada ao consenso, que abandona totalmente a ideia de realidade ontológico-substancial dada ou, o que parece ser mais plausível, trata-se de uma especulação e/ou pressuposição metafísica que não é capaz de ganhar objetividade nos processos formais do conhecer, não deixando assim o espaço subjetivo. Ainda que o autor busque a sustentação de uma objetividade que baliza, mas que não se confunde com a atividade de valoração, permanece o conceito em um espaço subjetivo e monológico. Esta última hipótese sobre a posição da *estrutura lógica da coisa* na teoria do conhecimento fica bastante clara na análise do entendimento de Welzel sobre a liberdade individual (liberdade da vontade).

No sistema desenvolvido por Welzel, o legislador estaria vinculado "não apenas às leis da natureza física, senão também às estruturas lógicas da coisa em relação às quais a contrariedade de suas regras – a essas estruturas – teria o efeito de tornar as regras necessariamente falsas."[55] Tal elemento ontológico, a partir do qual o direito correto e ideal fica condicionado a sua correspondência e consideração, atinge diretamente os dois eixos centrais da teoria do crime: a ação e a culpabilidade, ligadas aqui pelo pressuposto axiomático da liberdade da vontade.

No que pertine à ação: "assim é sobretudo a estrutura ontológica da ação dada anteriormente a qualquer valoração ou regulamento. Aquele que quer normatizar a ação, precisa se ater a estrutura ontológica da ação." Isso quer dizer claramente que o significado da ação é dado, fixo e não pode ser alterado, sendo uma

54. Sobre isso: STICHT, Oliver. *Sachlogik als Naturrecht?*. Rechts – und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Schöningh Paderborn, 2000. S. 86 ff.

55. Tradução nossa, *in verbis*: "Der Gesetzgeber ist nicht etwa nur an die Gesetze der physischen Natur gebunden, sondern muss auch bestimmte sachlogische Strukturen im Objekt seiner Regelung beachten, widrigenfalls seine Regelung notwendig falsch wird" (WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 197).

substância ontológica anterior à atividade de sua valoração.[56] A relação que se coloca entre a *estrutura lógica da coisa* – como realidade ontológica, fonte e substrato material do direito penal – e a atividade de valoração no sistema finalista fica bastante transparente na seguinte afirmação de Welzel: "em nenhuma circunstância se pode identificar de alguma maneira o substrato ontológico com o valor. O objeto ontológico determinado é apenas o carregador do valor, não o valor em si."[57] Trata-se da ferramenta metadogmática utilizada por Welzel para contrapor o relativismo do movimento neokantiano do sul da Alemanha e também a destacada filosofia existencial (Kierkegaard, Heidegger, Jaspers, Sartre), que representaria para o autor um subjetivismo ainda mais insustentável e radical: "a filosofia existencial é a expressão de um acentuado e profundo subjetivismo."[58]

Finalmente, quanto à culpabilidade: "o legislador que faz a ligação entre as consequências jurídicas e a realização de um fato culpável precisa se ater à estrutura lógica da culpabilidade. O conceito de culpabilidade pressupõe que o agente poderia ter agido de acordo com a norma jurídico-penal." Isso quer dizer que o pressuposto material da culpabilidade é, para Welzel, a liberdade da vontade do agente concreto que comete o ilícito-típico, concebida como uma estrutura ontológica dada que condiciona o juízo normativo de censura – não há culpabilidade sem liberdade da vontade.[59]

---

56. Tradução nossa, *in verbis*: "So ist vor allem die ontologische Struktur der Handlung jeder Bewertung und Regelung vorgegeben. Wer Handlungen normieren will, muss die ontologische Struktur der Handlung beachten" (WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 197). Ver também, sobre a anterioridade e o poder de vinculação das estruturas ontológicas em relação à atividade do legislador e ao direito positivo: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 27.

57. Tradução nossa, *in verbis*: "Unter keinen Umständen darf man das ontologische Substrakt mit dem Wert in irgendeiner Weise identifizieren. Der ontologisch bestimmte Gegenstand ist nur der Träger des Wertes, aber nicht der Wert selbst" (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 25). Welzel delimita aqui a diferenciação entre objeto de valoração e valoração do objeto que vai instruir sua doutrina da culpabilidade. Essa delimitação em nível metadogmático vai possibilitar a virada dogmática de Welzel nas categorias da teoria do crime.

58. Tradução nossa, *in verbis*: "Die Existenzphilosophie ist der Ausdruck eines aufs *äußerste* gesteigerten und vertieften Subjektivismus" (WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 187 ss.).

59. Tradução nossa, *in verbis*: "Der Gesetzgeber, der die Rechtsfolge an eine schuldhafte Tatverwirklichung anknüpft, muss die sachlogische Struktur der Schuld beachten. Der Schuldbegriff setzt voraus, dass der Täter besser, nämlich normgemäß, hätte handeln

3.2. A estrutura final da ação como alternativa ao determinismo das leis naturais

Por meio de seu conceito final de ação, Welzel busca a afirmação de uma perspectiva que permita a superação do paradigma determinista, próprio da doutrina causalista, sem cair, no entanto, na abstração do relativismo neokantiano.[60] Nessa empreitada, o autor se questiona, em uma referência clara ao fenômeno da ação como realidade ontológica, "quais seriam as características específicas que um acontecimento real precisaria demonstrar para que possa ser objeto da valoração jurídico-penal, especialmente do juízo de censura da culpabilidade."[61]

O fundamento ontológico que permite a possibilidade da valoração jurídica estaria para o autor em um objeto que tem como característica ser real – não transcendental – e que possui como traço, ao mesmo tempo, uma potencialidade de determinação (de sobredeterminação) que se afasta radicalmente da causalidade das leis naturais.[62] Trata-se, de fato, da tentativa de trazer a essência não naturalista do conceito kantiano de liberdade – apresentado na *Crítica da razão pura*[63] – para uma realidade ontológica concreta que se afasta do plano transcendental: a capacidade do homem para a ação final. Nesse sentido, esclarece Welzel que

> "a finalidade da ação encontra fundamento no fato de que o homem, por causa de seu conhecimento causal, pode antever em certa medida os possíveis

können" (WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 197-198).

60. Sobre isso, conferir: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 7 ss.; WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*: eine Einführung in die finale Handlungslehre. Göttingen: Schwartz, 1961. p. 2 ss.; WELZEL, Hans. *Um die finale Handlungslehre*: eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern. Tübingen: Mohr, 1949. p. 2 ss.

61. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] welche spezifischen Merkmale ein reales Geschehen aufweisen muss, damit es Träger oder Gegenstand strafrechtlicher Werte, insbesondere des Schuldvorwurfs, sein kann" (WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 11).

62. Sobre a busca de Welzel na direção de um objeto concreto independente da empiria naturalista, ver: WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975. p. 7 ss.

63. KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004/1787. p. 472.

> resultados de sua ação e com isso pode dirigir sua ação de acordo com os diferentes fins que ele coloca para si."[64]

Isso significa que a quebra com a causalidade das leis naturais estaria justamente no elemento de indeterminação que a colocação da finalidade do comportamento representaria na possibilidade de controle que se liga à capacidade humana de antever as consequências de determinada cadeia causal – a causalidade seria então "cega e a finalidade vidente."[65] Vale aqui registrar que os pressupostos da antropologia filosófica welzeniana são, nesse sentido, iluminados pela filosofia antiga de Aristóteles. Em uma análise do autor grego, Welzel vai afirmar: "não há causalidade cega ou acontecimento puramente causal. Todos os acontecimentos possuem uma finalidade. A finalidade é a natureza do objeto."[66] O uso correto da filosofia de Aristóteles por Welzel não é, entretanto, pacífico. O autor grego Chorafas, por exemplo, aponta o uso inadequado dos pressupostos aristotélicos pelo finalismo welzeniano.[67]

A capacidade final, concebida como um objeto real e concreto, entretanto, ganha seu significado apenas a partir de uma perspectiva interna e subjetiva – essa é a aporia central de toda construção de Welzel: a liberdade individual, como *estrutura lógica da coisa*, não pode ser verificada no outro, mas apenas presumida, ficando no meio do caminho entre uma realidade ontológica (ou ôntica) empírico-naturalista e uma realidade ontológica transcendental, que por sua natureza

64. Tradução nossa, *in verbis*: "Die Finalität oder Zweckhaftigkeit der Handlung beruht darauf, dass der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmtem Umfange voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken kann" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 29).

65. Tradução nossa, *in verbis*: "Finalität ist darum sehend, Kausalität blind" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 29 s).

66. Tradução nossa, *in verbis*: "Es gibt kein blind-kausales, rein mechanisches Geschehen, sondern alles Geschehen ist ein auf ein Ziel hin gewendetes, teleologisches Geschehen. Der Zweck ist die Natur des Gegenstandes [...]" (WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955. p. 29). Ver também p. 28 ss.

67. Sobre isso, em detalhes, ver: BENAKIS, Anna. *Über den Begriff des Unrecht-tuns bei Aristoteles anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungslehre*. Festschrift für Hans Welzel. Berlin: de Gruyter, 1974. p. 213 ss.

de elemento dado também não pode ser intersubjetiva. Fato é que, pela impossibilidade de verificabilidade, o conceito de ação final de Welzel não deixa o espaço subjetivo, não passando de uma pressuposição que não é capaz de ganhar concretude e objetividade – Welzel cai, assim, no subjetivismo da filosofia neokantiana e existencial que tanto critica.

A atividade final, nesse contexto, está diretamente ligada à capacidade da vontade. É a vontade – o seu conteúdo subjetivo – que possibilita o controle dos acontecimentos causais externos por meio de uma ação que não se separa das finalidades conscientes de sua realização: a vontade "é o fator de controle que sobredetermina os acontecimentos causais externos e possibilita que a ação conduzida seja de acordo com a finalidade posta."[68] Analiticamente, Welzel divide a estrutura final do controle da ação (o conceito de autodeterminação) em dois diferentes níveis. Ao primeiro nível, interno e/ou do pensamento, pertencem: (1) a colocação da finalidade; (2) a escolha da ação adequada e dos meios para a realização da finalidade posta; (3) a consideração dos efeitos colaterais da ação. Ao segundo nível pertence a realização da ação no mundo exterior concreto, que pressupõe os fenômenos subjetivos do primeiro nível como fator de causalidade – o que se passa no primeiro nível (subjetivo) é a causa da ação e do resultado da ação no mundo fático.[69] No nível dogmático prático, essa construção traz problemas relacionados ao delito qualificado pelo resultado e à culpa em sentido estrito, especialmente a inconsciente.[70] Por outro lado, traz também uma fundamentação muito frutífera para a tentativa, na qual o que se passa no primeiro nível – interno – não se confirma no segundo nível – externo –, colocando-se a censura diante do conteúdo subjetivo da vontade.[71] Registra-se, no entanto, que

68. Tradução nossa, *in verbis*: "Er ist der Steuerungsfaktor, der das *äußere* Kausalgeschehen *überdeterminiert* und es dadurch zur zielgelenkten Handlung macht" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 30). A vontade e seu conteúdo são os conceitos centrais do sistema de Welzel.

69. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 30-31.

70. Sobre isso, conferir as obras: SCHAFFSTEIN, Günter. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. *Festschrift für Hans Welzel*. Berlin: de Gruyter, 1974. p. 557 ss.; STRATENWERTH, Günter. *Unbewusste Finalität?*. Festschrift für Hans Welzel. Berlin: De Gruyter, 1974. p. 289 ss.; GEILEN, Gerd. *Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung Festschrift für Hans Welzel*. Berlin: de Gruyter, 1974. p. 655 ss.

71. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965. p. 168 s.

também aqui pode haver problemas ligados a uma punição excessiva da tentativa, na qual os elementos subjetivos seriam sobrevalorizados e não passariam por um filtro normativo.

3.3. A teoria normativa pura da culpabilidade – Censura do objeto no lugar de objeto da censura

A liberdade individual é para o finalismo uma *estrutura lógica da coisa*[72] – um objeto que permite, mas que precede a atividade de valoração pela ordem jurídico-penal.[73] A liberdade da vontade e seu conteúdo subjetivo representam a condição de possibilidade e o objeto da culpabilidade jurídico-penal.[74] Objeto e valoração do objeto não devem para Welzel, em nenhuma hipótese, ser confundidos – o fundamento metadogmático dessa afirmação está no desenvolvimento da *estrutura lógica da coisa* como realidade ontológica dada.[75] A partir desses pressupostos fundamentais, Welzel desenvolve a culpabilidade jurídico-penal como uma realidade puramente valorativa de reprovação (censura) pelo conteúdo da vontade do agente que causa o ilícito-típico (objeto). Trata-se de um conceito normativo puro de culpabilidade condicionado por uma realidade de natureza ontológica como fundamento. O principal resultado dogmática dessa construção é o deslocamento do dolo e da culpa em sentido estrito para o espaço do ilícito-típico e a consequente afirmação de uma total independência dos elementos valorativos da culpabilidade em relação aos elementos subjetivos que permaneciam no conceito desde o sistema psicológico-naturalista, no qual a culpabilidade representava o objeto da censura e não a censura do objeto.[76]

As bases da teoria normativa pura da culpabilidade estão, no desenvolvimento histórico da teoria do crime contemporânea, na introdução de elementos

72. WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955.p. 197 s.
73. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975.p. 25.
74. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 197 ss.
75. WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975.p. 25.
76. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 160.

valorativos no conceito por autores como Frank,[77] Goldschmidt[78] e Freudenthal,[79] que estabeleceram a chamada teoria normativo-psicológica da culpabilidade. Goldschmidt estruturou a culpabilidade jurídico-penal na diferenciação entre a norma jurídica e a norma de dever. A norma jurídica, nessa cisão conceitual, estaria ligada ao injusto, à dimensão objetivo-geral do crime. Já a norma de dever estaria ligada à culpabilidade, sendo de caráter subjetivo-individual. A presença do elemento normativo da culpabilidade estaria, dentro dessa configuração, justamente na reprovação valorativa da motivação que se dá de forma contrária ao dever. Existiria, portanto, um juízo axiológico de censura incidindo sobre a manifestação da vontade contrária ao direito.[80] Freudenthal reconheceu no espaço entre a culpabilidade e sua exclusão casos em que, a pesar da realização voluntária e consciente do ilícito-típico por parte de um sujeito capaz, não seria possível a ordem jurídico-penal exigir do agente outro comportamento senão o realizado. Dessa maneira, estabeleceu o autor um juízo normativo ligado às condições concretas em que atua o indivíduo – algo próximo ao que ocorre no estado de necessidade desculpante de Frank.[81] Outro autor que Welzel declara como decisivo para sua construção do conceito de culpabilidade, pela separação que realiza entre objeto de valoração e valoração do objeto no espaço do dolo, é Graf zu Dohna. Segundo Welzel

> "somente Dohna, em Aufbau der Verbrechenslehre, 1935, realizou, nessa última relação, uma nítida distinção entre reprovabilidade, como valoração, e dolo, como objeto de valoração, limitando a reprovação da culpabilidade à valoração do objeto."[82]

77. Frank foi quem estabeleceu pela primeira vez que "culpabilidade é reprovabilidade". Tradução nossa, *in verbis*: "Schuld ist Vorwerfbarkeit" (FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Gießen: Rickers Verlag, 1907. p. 11).
78. GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Festgabe für Reinhard von Frank. Tübingen: Mohr, 1930. p. 428 ss.
79. FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: Mohr, 1922. p. 1 ss.
80. ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974. p. 114 ss.; GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Festgabe für Reinhard von Frank. Tübingen: Mohr, 1930. p. 428 ss.
81. FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: Mohr, 1922. p. 1 ss.
82. Tradução nossa, *in verbis*: "Erst Dohna, Aufbau der Verbrechenslehre, 1935, trennte in letzterer Beziehung scharf zwischen Vorwerfbarkeit als Wertung und Vorsatz als dem Objekt der Wertung und beschränkte den Schuldvorwurf auf die Wertung des Objekts

Welzel se refere aqui à relação entre objeto e valor – entre a liberdade da vontade e a culpabilidade.

A culpabilidade se torna nessa virada do finalismo de Welzel tão somente um juízo valorativo de reprovabilidade pessoal (censura) pelo conteúdo ilícito da vontade (objeto), sem a presença de quaisquer elementos subjetivos e/ou psicológicos. Ao preencher o espaço do ilícito-típico com elementos subjetivos que até então pertenciam à culpabilidade, Welzel subjetifica o ilícito-típico e normativiza a culpabilidade, passando o dolo e a culpa em sentido estrito das formas de manifestação da culpabilidade para o seu objeto. Nesse novo posicionamento das categorias que estruturam a teoria do crime, passam a configurar a culpabilidade na teoria normativa pura do finalismo: (1) a imputabilidade;[83] (2) a potencial consciência da ilicitude. A consciência da ilicitude permanece nessa nova construção da culpabilidade como uma herança do *dolus malus*, porém, em seu estado potencial. O dolo, por sua vez, assim como a culpa em sentido estrito, passa a integrar o ilícito-típico como objeto da reprovabilidade: "o conhecimento da ilicitude não é um elemento do dolo, mas somente da reprovabilidade"[84]; (3) a inexigibilidade de conduta diversa. Enquanto os dois primeiros elementos representam pressupostos ligados à capacidade (*poder*) para o ilícito-típico, o terceiro elemento é negativo e diz respeito muito mais ao *dever* de atuar conforme o direito em determinadas circunstâncias concretas específicas – uma clara herança de autores como Frank e Freudenthal:

> "com a confirmação da imputabilidade e do potencial conhecimento da ilicitude está a culpa fundamentada como um poder-para-isso ou capacidade do agente para a ação ilícita-típica. Isto não significa, no entanto, que com isso deva haver já necessariamente o juízo de censura da culpabilidade."[85]

[...]" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 140).

83. Sobre a capacidade para a ação e a imputabilidade em Welzel, conferir: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 152 ss.

84. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] die Unrechtskenntnis kein Element des Vorsatzes sondern allein der Vorwerfbarkeit ist" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 161). A potencial consciência ou conhecimento da ilicitude configura para Welzel um fenômeno ligado à reprovabilidade (censura), e não ao dolo (objeto da censura).

85. Tradução nossa, *in verbis*: "Mit der Bejahung sowohl der Zurechnungsfähigkeit wie auch der Möglichkeit der Unrechtserkenntnis ist die Schuld, das Dafür-Können des

3.4. *A liberdade da vontade* (poder de agir de outra maneira) *como conteúdo subjetivo da ação e fundamento ético-material da culpabilidade*

O conteúdo material da culpabilidade jurídico-penal se consolida no finalismo no chamado *poder de agir de outra maneira*. A reprovação pessoal pelo ilícito-típico só é legítima quando o autor podia ter atuado de modo diferente, podia ter agido conforme o direito.[86] Esse axioma ontológico ligado à capacidade para escolhas alternativas da vontade diante de ações e fatos no mundo exterior (poder escolher pelo lícito e pelo ilícito) revela-se no finalismo como a dimensão ética da liberdade individual que fundamenta o juízo de censura. A figura de homem adotada pela teoria finalista é um ser antropologicamente dotado da capacidade de autodeterminar-se na situação concreta – por meio de sua própria vontade – conforme valores e fins.[87]

O objeto direto da culpabilidade – do juízo de censura jurídico-penal – é para Welzel precisamente o conteúdo subjetivo da vontade do agente que causa o ilícito-típico. Somente por meio desse conteúdo volitivo, também se torna objeto indireto a ação que o manifesta. Culpabilidade e conteúdo da vontade, assim como ocorre em Binding, são para Welzel fenômenos intimamente ligados: "culpabilidade é reprovabilidade pela formação da vontade. Toda culpabilidade é, assim, culpabilidade da vontade. Apenas aquilo, para o qual o homem tem algum poder por meio de sua vontade, pode ser censurado pela culpabilidade."[88] Trata-se aqui claramente de uma liberdade da vontade, para além de uma liberdade da ação, em que o autor é reprovado pelo injusto tendo podido escolher pelo direito.

Täters für seine tatbestandsmäßig-rechtswidrig Handlung, sachlich begründet. Dennoch bedeutet das nicht, dass damit die Rechtsordnung den Schuld-Vorwurf wirklich erheben müsste" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 178).

86. Conferir: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 139 ss.

87. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 139 ss. Sobre a liberdade da vontade em Welzel, ver também: KINDHÄUSER, Urs. Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat. *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010. p. 761 ss.

88. Tradução nossa, *in verbis*: "Schuld ist Vorwerfbarkeit der Willensbildung. Alle Schuld ist demnach Willensschuld. Nur das, wofür der Mensch willentlich etwas kann, kann ihm zur Schuld vorgeworfen werden" (WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 139).

De acordo com seus pressupostos metadogmáticos na teoria do conhecimento, Welzel disseca a liberdade individual (liberdade da vontade) em três diferentes aspectos: (1) antropológico; (2) caracterológico; (3) categorial. Partindo de uma concepção de homem estratificado em diferentes níveis, ou camadas, no aspecto antropológico Welzel anuncia a superação de uma noção puramente naturalística de homem. Para o autor, o homem seria muito mais do que a última evolução biológica dos primatas. A possibilidade de o homem alinhar a vontade de seu espírito (de sua subjetividade) aos princípios da verdade, do valor e do sentido, apesar de sua constituição biológico-instintiva (apesar do aspecto naturalista), tornaria o homem existencialmente diferenciado e livre, além de o tornar um ser eticamente passível de responsabilidade.[89]

No aspecto caracterológico, o autor trabalha com a ideia de que o homem possui a capacidade de direcionar os seus instintos. O homem seria dotado de um centro regulador dos instintos que o capacitaria para dirigir sua vontade de acordo com valores e sentidos. Os impulsos e paixões anímicos poderiam ser controlados e direcionados assim pela dimensão desse centro regulador. A vontade poderia fazer com que os impulsos fossem dirigidos de acordo com um conteúdo de valor, voltado para um sentido de vida que viesse a transcender o momento presente. Welzel aponta uma natureza supraindividual nesse sentido de vida e o identifica com as normas do ordenamento jurídico-penal. Com isso, a decisão da vontade encontraria suas raízes nessa capacidade de direcionamento e controle dos impulsos biológicos, que o autor chama de conversão de impulsos em motivos. A decisão da vontade conforme o sentido do direito só é possível por meio desse processo, só é possível porque o homem possui um *centro do eu responsável* capaz de direcionar os seus instintos.[90]

No aspecto categorial, Welzel vai se questionar como é possível o domínio dos processos causais dos impulsos por meio de um direcionamento da vontade voltado ao sentido, condição que torna o homem responsável eticamente por fazer a escolha falsa ao invés da correta. De plano, o autor entende que a resposta para essa indagação não pode estar no indeterminismo radical e absoluto. Essa perspectiva teórica inviabilizaria a ideia de responsabilidade do homem. Se nada determina a ação, então o homem jamais poderia ser responsável. No lugar disso,

89. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 142-143.

90. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 143-145.

o autor propõe um determinismo diferenciado, uma sobreposição de diferentes formas de determinação que transcendem a mera determinação causal, que tem a natureza de inviabilizar o juízo ético de responsabilidade pessoal. A determinação proposta pelo autor é a configuração dos nexos causais pela atividade final do sujeito, a possibilidade de o homem direcionar seus impulsos anímicos conforme o sentido do direito. Isso significa que um evento fático não é para Welzel um resultado cego das conexões causais anteriores, mas o fruto de uma atividade final. A execução de um ato é determinada pelo conteúdo de sentido proposto pelo autor que finalisticamente dirige sua ação. Essa forma de determinação orienta os atos do conhecimento, em que o homem compreende a estrutura do objeto causal e o dirige conforme os seus fins. A atividade final do homem estaria assim para além dos processos causais, possuindo a capacidade de se libertar deles e dirigi-los intencionalmente. A partir disso, a liberdade individual que a culpabilidade pressupõe estaria na possibilidade de um ato de libertação da coação causal e não em um estado existencial.[91]

Diante da relação entre liberdade da vontade (*poder de agir de outra maneira*) e culpabilidade aqui demonstrada, fica muito clara a reivindicação por parte do projeto finalista de uma anterioridade – e de uma consequente sobreposição – dos processos subjetivos sobre os processos causais-naturalistas na cadeia de fenômenos que leva ao comportamento humano. Trata-se da sustentação de um privilégio cognitivo da perspectiva interna (em primeira pessoa) sobre a perspectiva externa dos naturalistas (em terceira pessoa) no plano epistemológico de acesso ao significado da liberdade individual. É exatamente nesse ponto que se descortina o *déficit de verificabilidade*. Por estar a subjetividade que preenche a liberdade individual somente do lado do observado, já que o conteúdo ontológico (conteúdo da vontade) deve ser analisado no outro como uma *estrutura lógica da coisa*, o conceito cai em aporia, dado que não se pode verificar objetivamente, por meio de argumentos plausíveis dentro dos processos do conhecer, o que se passa dentro da subjetividade do outro ontologicamente compreendida. Na qualidade de elemento ontológico dado, a liberdade de *poder de agir de outra maneira* não passa de uma pressuposição, uma especulação metafisica inverificável que enfraquece o centro normativo da culpabilidade jurídico-penal. Desse modo, pode-se dizer que a concepção ontológica não realiza com sucesso a ponte entre as expectativas de objetividade da normatividade jurídico-penal e o universo ontológico-subjetivo que preenche internamente a liberdade do outro, restando a liberdade

91. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 145-149.

individual um *ser* inverificável e inatingível que, apesar das frutíferas e promissoras construções no plano ético, não se sustenta no plano epistemológico.

Nesse sentido, o próprio Welzel vai admitir a impossibilidade, dentro dos processos formais do conhecer, do acesso à subjetividade do outro ontologicamente compreendida, chegando a dizer que se trata muito mais de uma generalização e de uma verificação existencial do que propriamente de um acesso do conhecimento formal-científico à liberdade individual. O autor refere ainda que, nessa chamada verificação existencial, eu reconheço que o outro é como eu e, em uma operação de comparação, presumo que o outro poça se autodeterminar porque eu sinto que posso me autodeterminar e sinto que o outro é como eu, estando excluídos dessa operação seres muito jovens e/ou espiritualmente doentes.[92] Quando Welzel afirma que a liberdade individual não pode ganhar objetividade dentro dos processos formais do conhecer sem ser destruída/objetificada, justamente porque se encontra no espaço de uma subjetividade interna inacessível, fica claro que sua noção de reconhecimento é fraca, não passando de uma mera comparação de espaços internos de subjetividade que exclui qualquer operação de natureza propriamente comunicativa e intersubjetiva na produção de significados. O significado da liberdade individual continua preso no espaço de uma subjetividade interna, permanecendo um abismo entre as subjetividades, o que faz com que a construção ontológica de Welzel seja caracterizada como uma especulação metafísica. Ao fim, uma pressuposição de liberdade individual que não supera o vácuo entre *ser* e *dever ser*. A noção de reconhecimento fundada em relações intersubjetivas recíprocas e concretas, como defendida por essa investigação, não desiste da ideia de que a liberdade individual pode ganhar objetividade dentro dos processos formais do conhecer sem ser objetificada/destruída, justamente porque, abandonando a ontologia que precede a comunicação, acredita que a própria liberdade individual é produzida, dentro dos quadros da filosofia social, pelas relações intersubjetivas recíprocas de reconhecimento. Não se trata de uma verificação existencial da liberdade individual do outro por meio de uma metodologia comparativa – a partir da minha subjetividade interna eu me sinto livre, logo, o outro é livre –, trata-se muito mais de uma operação de reconhecimento da liberdade individual do outro que ganha objetividade científico-formal pelo fato de que a própria relação intersubjetiva concreta produz o significado da liberdade individual e de que o reconhecimento da liberdade se dá em um espaço intersubjetivo – o significado do que é ser livre, da

92. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969. p. 152-153.

autodeterminação, é alcançado pela própria relação intersubjetiva e comunicacional de reconhecimento recíproco.

4. A ontologia de Kaufmann (Arthur) entre o ôntico e o ontológico – Delimitação

Para que se possa compreender de forma adequada a estrutura metadogmática do pensamento de Kaufmann (Arthur), algumas delimitações conceituais dentro da concepção ontológica precisam ser feitas. Acredita-se que a metodologia de ordem ontológica como fonte do direito penal possa se apresentar de duas diferentes formas em relação ao objeto ontológico – *ser* – que pressupõem como fundamento: (1) o axioma ontológico não possui um valor imanente, sendo apenas o objeto da valoração que ele fundamenta – trata-se da *estrutura lógica da coisa* welzeniana e das estruturas naturalistas; (2) o axioma ontológico possui um valor imanente e a realidade ontológica dada não é apenas o objeto de uma atividade normativa, ela é normativa em si (ontológico-normativa), já que carrega intrinsicamente um valor que independe da atividade humana de normatização. O homem não conhece apenas uma estrutura sob a qual coloca valor, ele conhece o valor em si – trata-se de correntes que se aproximam do direito natural, como é o caso aqui de Kaufmann (Arthur).[93]

Kaufmann (Arthur) realiza uma crítica radical à fundamentação metadogmática do finalismo de Welzel.[94] Tal crítica atinge diretamente a *estrutura lógica da coisa* que configura o axioma basilar do sistema welzeniano. Para o autor, a *estrutura lógica da coisa* representaria muito mais uma realidade ôntica do que ontológica. A razão para essa afirmação revela-se no fato de que a *estrutura lógica da coisa* é uma realidade neutra e estéril, que não carrega normatividade em sua essência – a *estrutura lógica da coisa* estaria no espaço do ente, e não no espaço do ser ontológico que fundamenta o ente.[95] Nas palavras de Kaufmann (Arthur):

93. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 41 ss.

94. Conferir sobre a crítica de Kaufmann (Arthur) à Welzel, que encontra sua raiz na diferença ontológica (entre ôntico e ontológico) forjada por Heidegger: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 32 ss. Em uma crítica específica ao conceito final de ação em Welzel, já no plano das consequências dogmáticas, conferir também: KAUFMANN, Arthur. *Schuld und Strafe*, 2. Auflage, Köln: Heymann, 1983. p. 25.

95. Conferir, sobre a crítica: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 32 ss. Nesse sentido, ver também a reconstrução

> "a doutrina da estrutura lógica da coisa não guarda nenhuma relação com a verdadeira ontologia [...] ela permanece como uma teoria geral dos objetos na área do ser ôntico, não conseguindo manifestar uma reivindicação da validade de verdades absolutas e atemporais."[96]

Isso significa que, por não carregar valor, a construção de Welzel seria relativa e não vincularia suficientemente o legislador – não representaria uma medida sólida diante do direito positivo, já que a valoração dependeria de uma atividade externa de escolha.[97] Da mesma forma, por não ser uma realidade essencialmente normativa, a *estrutura lógica da coisa* não seria capaz de superar o abismo entre o *ser* e o *dever ser*.[98] Com isso, pode-se dizer que o que Kaufmann (Arthur) busca

realizada por Neumann: NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 394, principalmente a nota de rodapé de n. 11.

96. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] die Lehre von den sachlogischen Strukturen nicht mit wirklicher Ontologie zu tun hat, sondern als Theorie der Gegenstände im allgemeinsten Sinn im Bereich des ontischen Seins [...] verbleit und daher nicht mit dem Anspruch auftreten kann, Wahrheiten von absoluter und zeitloser Gültigkeit zu manifestieren" (KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 37).

97. Sobre a não vinculação da *estrutura lógica da coisa*: "Somente quando ele escolhe (o legislador), esta ele vinculado à estrutura lógica da coisa" Tradução nossa, *in verbis*: "Erst wenn er sich dazu entscheidet, ist er an die sachlogischen Strukturen der Schuld gebunden" (NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 394). KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 28-32. Hierzu *Kaufmann* (Arthur), Das Schuldprinzip, 1961. S. 28-32. Zur Diskussion über die Natur *sachlogischer Strukturen* Welzels siehe WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. Festschrift für Hans Niedermeyer. Göttingen: Schwartz, 1953. S. 279 ss.; HIRSCH, Hans Joachim. *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116/4, 2004. S. 842; MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015. S. 40. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; SALIGER, Frank. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016. S. 186; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: de Gruyter Recht, 2007. S. 56.

98. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 37.

é uma identificação entre *ser* e *dever ser* que inexiste no espaço ôntico: "onde ser e dever ser são diferenciados, será o ser compreendido como *ôntico*, mas não como otológico."[99]

O problema fundamental que se coloca aqui, entretanto, é que a única maneira de ultrapassar o abismo entre *ser* e *dever ser* por meio de uma concepção de ordem ontológica (não ôntica) que pressupõe realidades metafísicas que carregam valores (realidades normativas dadas) é a vinculação da normatividade jurídico-penal – do *dever ser* – a uma ordem teleológica superior ligada a um ser criador que nos ultrapassa e transcende, algo próxima a figura de Deus. Nesse preciso sentido, Neumann: "a ligação entre o ser e o dever ser é apenas possível de forma convincente dentro de uma ordem teleológica do ser, como na representação de uma ordem divina de criação onde encontra fundamento."[100] Esse é o caso de Kaufmann (Arthur) e isso quer dizer que a superação do abismo entre o *ser* ôntico de Welzel e o *dever ser* pressuposto pela normatividade jurídico-penal pelo recurso do autor – realidades verdadeiramente ontológicas que carregam valores imanentes – provoca um problema epistemológico ainda mais profundo na fundamentação da culpabilidade, já que "uma representação de culpabilidade com implicações desse tipo, ligadas a uma forte visão de mundo ontológica, não pode representar a base para as regras de imputação jurídico-penal."[101] Fato é que o *ser* ontológico fundamental ao redor do qual gravita o *ser* ôntico[102] representa uma realidade metafísica ainda mais abstrata, indefinível e inatingível do que o *ser* ôntico.

---

99. Tradução nossa, *in verbis*: "Wo immer Sein und Sollen unterscheiden werden, wird das Sein nicht ontologisch, sondern nur ontisch verstanden" (KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 34).

100. Tradução nossa, *in verbis*: "der Schluß von dem Sein auf das Sollen ist *überzeugend* nur im Rahmen einer teleologischen Seinsordnung möglich, wie sie in der Vorstellung einer göttlichen Schöpfungsordnung begründet liegt" (NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 393).

101. Tradução nossa, *in verbis*: "Eine Schuldvorstellung mit derart straken weltanschaulich geprägten ontologischen Implikationen kann aber nicht die Basis strafrechtlicher Zurechnungsregeln bilden" (NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 393).

102. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 34. Trata-se do *ser* que carrega valores e verdades imutáveis.

Ao trazer valor ao objeto ontológico, Kaufmann (Arthur) altera a configuração da teoria normativa pura da culpabilidade de Welzel, que se estrutura na clara separação entre objeto de censura e censura do objeto. Na construção de Kaufmann (Arthur), o objeto passa a ser normativo e a normatividade passa a ser ontológica, não havendo mais uma clara cisão entre ontologia e normatividade. A consequência disso para a fundamentação da culpabilidade é bastante grave: a culpabilidade torna-se ontológica, já que seu conteúdo material (seu norte valorativo) deriva diretamente de um princípio da culpabilidade radicalmente ontológico.[103] Não se trata mais de uma realidade normativa pura que encontra um objeto ontológico, trata-se de um fenômeno que é ele mesmo ontológico (não só a liberdade individual, mas a própria vinculação entre culpabilidade e pena é dada no espaço metafisico). Disso resulta a constatação de que a culpabilidade em si é para Kaufmann (Arthur) ela mesma uma realidade metafísica.[104] Isso significa que a ontologia de Kaufmann (Arthur) traz para o objeto desta tese um duplo *déficit de verificabilidade*: quanto ao objeto da culpabilidade (liberdade individual) bem como quanto à culpabilidade em si, que deixa de ser normativa e passa a ser ontológico-normativa – tanto a liberdade individual, quanto à culpabilidade alcançam seu significado desde uma perspectiva metafísica que encontra barreiras intransponíveis na teoria do conhecimento.

Tal construção da culpabilidade como um fenômeno geral, absoluto e atemporal que vincula a pena[105] carrega três principais consequências: (1) a identificação entre a culpabilidade jurídico-penal e a culpa moral; (2) a pressuposição da culpabilidade como uma entidade normativa ideal, que existe para além de nossas capacidades em acessá-la e conhecê-la[106]; (3) o fato de que assim como não há pena sem culpabilidade, não há culpabilidade sem pena, manifestando-se

103. Sobre o princípio da culpabilidade como uma realidade metafísica ideal, absoluta e independente de condições de espaço e tempo como núcleo axiológico que condiciona a culpabilidade como uma realidade histórica e ôntica, ver: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 115.

104. Nesse preciso sentido, conferir: NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 392.

105. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 115 ss.

106. Sobre esse pressuposto ideal, de realidades que existem independentemente de nosso conhecimento e/ou acesso, conferir: KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 80 s.

assim um grave problema em relação à aplicação das condições objetivas da punibilidade.[107]

No que pertine à liberdade individual propriamente dita – a capacidade de autodeterminação – Kaufmann (Arthur) a concebe como uma realidade ontológica que constitui a essência do *ser* do homem como criatura. A capacidade para a culpabilidade (e assim para a obediência da norma jurídico-penal) pertence à natureza pessoal ontológica do homem como pressuposto metafísico atemporal e imodificável.[108] O homem é criatura, e não criador, e nessa óptica ele não coloca valor à liberdade individual, ele apenas o pressupõe em uma ordem do *ser* preestabelecida pelo criador[109] – o significado da liberdade individual não é construído intersubjetivamente e comunicativamente, ele é pressuposto e dado em uma ordem do *ser* que se aproxima de uma ordem divina. No que diz respeito a tal pressuposição na situação concreta em que o ilícito-típico é cometido, Kaufmann (Arthur) lança mão ao recurso da experiência, do homem médio e da analogia para se aproximar do que se passa dentro da subjetividade do outro, uma vez que a liberdade como pressuposto metafisico não pode ser de fato acessada.[110] A capacidade para transcender a causalidade e o determinismo da natureza não deixa, de todo modo, o espaço subjetivo, já que se continua a pressupor o que se passa dentro da subjetividade interna – em uma concepção de fato intersubjetiva é a experiência comunicativa em si que produz o significado da liberdade, pressupondo, assim, uma destranscendentalização do conceito que não

107. Sobre os três pontos, conferir: NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 392-393. Sobre a compatibilidade entre o princípio da culpabilidade e as condições objetivas da punibilidade, consultar a obra: GEISLER, Claudius. *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*: zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 562 ss.

108. KAUFMANN, Arthur. *Schuld und Strafe*, 2. Auflage, Köln: Heymann, 1983. p. 23 e p. 31 ss.; KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 116 ss.

109. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 122.

110. KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961. p. 70 ss.; HERZOG, F. Schuldprinzip und Strafgerechtigkeit in Arthur Kaufmanns Personaler Rechtsphilosophie. In: NEUMANN, Ulfrid; HASSEMER, Winfried (Hrsg.). *Verantwortetes Recht*: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns; Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München. Stuttgart: Steiner, 2005. p. 142-143.

se pode observar em Kaufmann (Arthur). Prova disso é que a raiz da autodeterminação está para o autor na potência do espírito humano: "O homem é capaz de dispor da causalidade da natureza graças a potência espiritual que possui."[111] Trata-se uma vez mais da reinvindicação do privilégio cognitivo da perspectiva interna (em primeira pessoal) sobre a perspectiva externa (em terceira pessoa) no alcance do significado da liberdade individual. Para esta tese, o ponto central é que os fundamentos teóricos da capacidade de obediência da norma jurídico-penal não estão em Kaufmann (Arthur) em relações sociais intersubjetivas, mas na ordem de um *ser* metafísico.

5. A perspectiva ontológica de Wulff – Um contributo a partir da filosofia de Heidegger

A autora Wulff trabalha a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, na obra *A culpa existencial*, de 2008, a partir do conceito de culpa na fenomenologia hermenêutica –ontologia fundamental – de Heidegger.[112] O objetivo principal de Wulff é

> "uma precisa determinação do conceito de culpabilidade jurídico-penal com a ajuda do conceito de culpa existencial desenvolvido por Martin Heidegger, para que a culpabilidade possa encontrar ainda um fundamento diante dos novos conhecimentos das ciências naturais."[113]

Trata-se do esforço teórico de buscar uma fundamentação para a liberdade individual – autodeterminação – que encontre ancoragem na metafísica – nas ciências do espírito – e que apresente uma alternativa ao privilégio cognitivo reivindicado pela empiria naturalista: "a vontade humana não se esgota nas observáveis reações neuronais."[114]

---

111. Tradução nossa, *in verbis*: "Der Mensch vermag dank seiner geistigen Potenz die Naturkausalität in seinen Dienst zu nehmen [...]" (KAUFMANN, Arthur. *Schuld und Strafe*, 2. Auflage, Köln: Heymann, 1983. p. 31).

112. WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 1 ss.

113. Tradução nossa, *in verbis*: "Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, den strafrechtlichen Schuldbegriff mit Hilfe der von Martin Heidegger entwickelten Existenzialen Schuld präziser zu bestimmen, um die strafrechtliche Schuld auch gegenüber neuen naturwissenschaftlichen Erkenntnissen begründen zu können" (WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 1).

114. Tradução nossa, *in verbis*: "[...] der menschliche Wille erschöpft sich nicht in den beobachtbaren neuronalen Reaktionen [...]" (WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 2).

Para tanto, a autora oferece uma introdução ao vocabulário de Heidegger e uma apresentação básica dos elementos edificantes da ontologia fundamental até chegar à culpa ontológico-existencial em Ser e Tempo,[115] tais como: (1) a necessidade de retomar a questão sobre o sentido do *ser*;[116] (2) a diferença ontológica entre o *ser* e o ente;[117] (3) A configuração do ser-aí (*Dasein*) como o ente que revela o homem;[118] (4) o existencial do *ser-no-mundo* (*in-der-Welt-sein*).[119]

É a partir do conceito central de *ser-culpado* em Ser e Tempo (culpa ontológico-existencial) que a autora procura sustentar filosoficamente um caminho não naturalista para a liberdade individual – no caso, para a possibilidade de autodeterminação do ser-aí (*Dasein*).[120] A culpa ontológico-existencial representa a pedra angular da construção de Wulff, pois é ela que possibilita a dupla abertura que vai sustentar toda a perspectiva ontológica da culpabilidade dessa autora: (1) abertura para o *poder ser* do ser-aí (*Dasein*) que se manifesta no fato concreto;[121] (2) abertura ética para uma possibilidade de censura diretamente ligada ao *ser-no-mundo* (*in-der-Welt-sein*) e ao *ser-com* (*Mitsein*).[122] Trata-se de um fundamento de natureza metafísica para a autodeterminação da ação e para a possibilidade da relação com o outro no mundo fático – uma realidade ontológica que possibilita, mas antecede a liberdade e a comunicação.

---

115. Na obra de Wulff: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 179 ss. Na obra *Ser e tempo,* de Heidegger: HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 280 ss.

116. Na obra de Wulff: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 109 ss. Na obra *Ser e tempo,* de Heidegger: HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 3 ss.

117. Na obra de Wulff: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 117 ss. "O ser dos entes não é em si outro ente". Tradução nossa, *in verbis*: "Das Sein des Seienden ist nicht selbst ein Seiendes" (HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 6).

118. Na obra de Wulff: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 113 ss. Na obra *Ser e tempo,* de Heidegger: HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 41 ss.

119. Na obra de Wulff: WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 132 ss. Na obra *Ser e tempo,* de Heidegger: HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 114 ss.

120. WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 229 ss.

121. Sobre isso, conferir: FIGAL, Günter. *Phänomenologie der Freiheit*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1988. p. 92-93.

122. WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 252 ss.

A culpa originária em Heidegger está ligada à facticidade, a radical condição de fragilidade do ser-aí (*Dasein*) como *ser para a morte* e como ser que já está jogado em um jogo que não projetou.[123] O ser-aí (*Dasein*) pode estar consciente ou não dessa radical condição e tal indeterminação abre espaço para a autenticidade e para a inautenticidade. Tal possibilidade existencial do ente que somos nós – o *poder ser* –, *pode*, entretanto, apenas a partir do fundamento, porém nada *pode* com o fundamento, apontando para algo que sempre escapa ao homem em seu começo, algo sobre o qual gravita o ser-aí (*Dasein*).[124] Não por outra razão, o projeto existencial é limitado e o ser-aí (*Dasein*) está condenado a ser, a escolher uma possibilidade e deixar as outras.[125] Essa escolha é uma potencialidade aberta, uma vez que assumir ou não a dívida de sua origem, esse nada que escapa ao homem, constitui, invariavelmente, uma decisão autônoma do ser-aí (*Dasein*).[126] O *não* que escapa às possibilidades existenciais do homem, a condição que Heidegger chama de culpa, revela-se então como o fundamento dessas mesmas possibilidades que não a alcançam.[127]

A culpa ontológico-existencial não pode ser considerada sob uma perspectiva de reprovação ética na relação do ser-aí (*Dasein*) com os outros no mundo.[128] Por estar *antes* das possibilidades de escolha do homem no mundo, a culpa originária não resulta de uma causa ligada a uma escolha. Pelo contrário, a causa só pode ser fundamentada em um *ser* e *estar* em dívida originário. Não podendo conceber como falta aquilo que é fundamento de uma falta,[129] Heidegger descreve a culpa ontológico-existencial como condição de possibilidade para a reprovação de um sujeito que vem a ser responsável por sua escolha perante o outro na comunidade. Qualquer espécie de aferimento de censura axiológica, por uma escolha livre do ser-aí (*Dasein*), em suas configurações fáticas, pressupõe a culpa originária, embora, como visto, ela não seja passível de expiação ou reprovação, precisamente por anteceder e pressupor tal possibilidade.[130]

123. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 279-280 e p. 287.
124. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 284.
125. WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 185 ss.
126. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 268.
127. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 279-280.
128. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 281-283.
129. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 283-284.
130. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. p. 282-284 e p. 286.

A partir disso, Wulff se manifesta no sentido de que

> "o ser-culpado é, portanto, para Heidegger, independente da autenticidade ou inautenticidade do ser-aí, um traço contínuo do ser-aí. É a própria fundamentação da possibilidade de ser autêntico ou inautêntico. O modo de ser autêntico ou inautêntico, portanto, é baseado no ser-culpado."[131]

A autora, dessa maneira, busca claramente o fundamento tanto da possibilidade de censura como da possibilidade de autodeterminação, na abertura oferecida pela culpa ontológico-existencial, realidade metafísico-abstrata da qual derivaria a culpabilidade jurídico-penal como culpa geral e ôntica que se deixa censurar.

Os problemas da concepção ontológica de Wulff se revelam, de forma objetiva, na seguinte equação: (1) a culpa ontológico-existencial trabalhada por Heidegger no parágrafo 58 de *Ser e tempo* representa para a autora o fundamento último da liberdade individual e da possibilidade de censura ética – o significado da liberdade individual e o sentido da culpabilidade, na qualidade de realidades ônticas ligadas ao ente, derivam diretamente da culpa ontológico-existencial ligada ao *ser*; (2) a culpa ontológico-existencial revela uma realidade fundante anterior às realidades ônticas que fundamenta – a culpa ontológico-existencial é pré-ética e pré-relacional; (3) Por ser pré-autodeterminação (pré-liberdade), pré-ética e pré-relacional (pré-comunicativa), a culpa ontológico-existencial representa uma entidade metafísico-ideal (subjetiva) por excelência, já que ela antecede e independe da relação intersubjetiva na produção de seu significado, se adequando perfeitamente à descrição de Neumann, citada no início do artigo, sobre realidades metafísico-ideais;[132] (4) Na qualidade de entidade metafísico-ideal (subjetiva), a culpa ontológico-existencial não pode ganhar objetividade nos processos formais do conhecer, padecendo, com isso, de um *déficit de verificabilidade*. Por encontrar barreiras intransponíveis na teoria do conhecimento,

131. "Schuldigsein ist folglich nach Heidegger unabhängig von Eigentlichkeit oder Uneigentlichkeit des Daseins ein andauernder Charakterzug des Daseins. Es ist sogar erst die Grundlage, die Möglichkeit, eigentlich oder uneigentlich zu sein. Die Seinsweise Eigentlichkeit und Uneigentlichkeit basieren daher auf dem Schuldigsein" (WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008. p. 257-258).

132. NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 232. Como já pode ser observado, Neumann delimita de maneira clara a diferença entre realidades construídas pela comunicação intersubjetiva e realidades dadas no espaço metafísico-subjetivo.

as construções éticas de Wulff não se sustentam no plano epistemológico – trata-se da consequência direta de buscar o significado da liberdade individual em um plano metafísico anterior à realidade intersubjetiva e social, que não encontra guarida em um universo teórico que admite virada comunicativa.

6. Conclusões

Do que foi trabalhado neste artigo em relação à concepção ontológica da liberdade individual e suas consequências sobre a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, identificam-se os seguintes pontos:

(a) A concepção ontológica da liberdade individual pressupõe em nível metadogmático a metafísica como fundamentação (ciências do espírito). A partir disso, retira o significado da liberdade individual de realidades ontológicas que são subjetivas e abstratas. Tais realidades encontram uma barreira epistemológica intransponível: não são capazes de alcançar objetividade nos processos formais do conhecer – não é possível saber o que se passa dentro da subjetividade do outro. Isso ocorre justamente porque tais realidades (*estrutura lógica da coisa*, culpa ontológico-existencial, *ser total*, ser ideal etc.) são pressupostas como fenômenos dados que antecedem a comunicação intersubjetiva, sendo dela independentes. Trata-se, de fato, de uma metodologia que provoca um abismo entre o *ser* e o *dever ser*. A normatividade jurídico-penal não pode encontrar o seu fundamento em um *ser* subjetivo que precede a realidade social. Sustenta-se, forte no pensamento de Neumann, que tal abismo possa ser superado apenas pela relação que se coloca entre o *dever ser* e o *ser* social – fato social no lugar de fato metafísico.[133] Tal operação, entretanto, exige o esclarecimento da virada comunicativa, não sendo a concepção ontológica, nesses termos, capaz de realizá-la. A partir do marco comunicativo, não existem realidades dadas no espaço subjetivo que antecedam a construção comunicativa (intersubjetiva) na produção dos significados jurídicos – o fato social pressupõe já a intersubjetividade e a comunicação, já que ele não as precede. A busca dessa investigação se distancia da concepção ontológica precisamente porque pressupõe a identificação de valores no fato social pelo método indutivo, como é o caso da filosofia social de Honneth ("justiça em forma de uma análise da sociedade") – a imanência axiológica se liga nesse caso

133. NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 233. Nesse sentido, Neumann anuncia sua ancoragem de fundamentação à filosofia da linguagem do autor Searle.

ao fato social, não ao *ser* filosófico e/ou existencial.[134] Isso quer dizer que a capacidade de obediência da norma jurídico-penal encontra uma gênese social e não metafísica. Por ignorar a realidade social intersubjetiva na construção da capacidade de obediência da norma, a concepção ontológica provoca graves assimetrias, já que tal perspectiva é criminologicamente cega (trata-se da criminologia crítica/pós-virada criminológica).

(b) A principal consequência da metodologia metadogmática empregada pela concepção ontológica da liberdade individual para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal é um *déficit de verificabilidade*. A concepção ontológica, por pressupor realidades dadas, demanda uma atividade de descrição e não de adscrição. Ocorre que uma descrição que não ganha objetividade – permanece presa no espaço subjetivo monológico – não passa de uma especulação e/ou pressuposição metafísica que não se sustenta como fundamentação da culpabilidade.

(c) O *déficit de verificabilidade* provoca um enfraquecimento do centro normativo da culpabilidade. Pela aporia encontrada no plano epistemológico, as frutíferas construções da concepção ontológica no plano ético não se sustentam. O resultado disso é que tal concepção perde sua capacidade de oferecer um espaço normativo de resistência (legitimidade e limites) às tendências de instrumentalização do indivíduo ligadas à prevenção geral. Isso significa que um modelo argumentativo alternativo à concepção funcionalista pode ser construído somente a partir de uma crítica normativa (intersubjetiva e comunicativa), e não pela pressuposição de realidades ontológicas dadas. A liberdade individual que a culpabilidade pressupõe está depois da relação intersubjetiva, não antes.

7. Bibliografia

ACHENBACH, Hans. *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1974.

AURENQUE, Diana. *Ethosdenken*: *Auf der Spur einer ethischen Fragestellung in der Philosophie Martin Heideggers*. Band 44, Verlag Karl Alber, 2011.

BENAKIS, Anna. *Über den Begriff des Unrecht-tuns bei Aristoteles anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungslehre*. Festschrift für Hans Welzel. Berlin: de Gruyter, 1974.

BINDING, Karl. *Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885.

134. Tradução nossa, *in verbis*: *"Gerechtigkeit direkt im Form einer Gesellschaftsanalyse"* (HONNETH. *Das Recht der Freiheit*, 2011. p. 9).

BINDING, Karl. *Grundriß des deutschen Strafrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1907.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band I, 2. Auflage, Leipzig, 1914.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Band II, 2. Auflage, Leipzig, 1914.

BINDING, Karl. *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*. Band I, München: Duncker & Humblot, 1915.

BINDING, Karl. *Die Schuld im deutschen Strafrecht*: Vorsatz, Irrtum, und Fahrlässigkeit, Leipzig: Meiner, 1919.

DOHNA-SCHLODIEN, Alexander. *Burggraf und Graf zu*. Die Elemente des Schuldbegriffs. Stuttgart: Union Deutsche Verlagsgesellschaft, 1905.

ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965.

ERBER-SCHROPP, Julia Maria. *Schuld und Strafe*: eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

ERNST MAYER, Max. *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*: drei Begriffsbestimmungen. Leipzig: Hirschfeld, 1901.

FIGAL, Günter. *Phänomenologie der Freiheit*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1988.

FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Gießen: Rickers Verlag, 1907.

FREUDENTHAL, Berthold. *Schuld und Vorwurf*. Tübingen: Mohr, 1922.

GEILEN, Gerd. *Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung Festschrift für Hans Welzel*. Berlin: de Gruyter, 1974.

GEISLER, Claudius. *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip*: zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

GOLDSCHMIDT, James. *Normativer Schuldbegriff*. Festgabe für Reinhard von Frank. Tübingen: Mohr, 1930.

HASSEMER, Winfried. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage. München: C.H. Beck, 1990.

HASSEMER, Winfried. Person, Welt und Verantwortlichkeit: Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. In: Lüderssen, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen Böse?* Band I, Baden-Baden: Nomos, 1998.

HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Sachlogische Strukturen* – noch zeitgemäß? Festschrifft für Hans-Joachim Rudolphi. Neuwied: Luchterhand, 2004.

HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; SALIGER, Frank. *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 9. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2016.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967.

HERZOG, F. Schuldprinzip und Strafgerechtigkeit in Arthur Kaufmanns Personaler Rechtsphilosophie. In: NEUMANN, Ulfrid; HASSEMER, Winfried (Hrsg.). *Verantwortetes Recht*: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns; Tagung 10. bis 11. Mai 2003 in München. Stuttgart: Steiner, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116/4, 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. *Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2, 2010.

HOBBES, T. *Leviathan*. London: Andrew Crooke, 1651.

HÖFFE, Otfried. Soziologische Rechts– und philosophische Gerechtigkeitskonzepte. In: KOLLER, Peter (Hrsg.). *Jürgen Habermas*: Faktizität und Geltung. Berlin: De Gruyter, 2016.

HOMMES, H.J. Sein und Sollen in Erfahrungsbereich des Rechts. In: SCHNEIDER, Peter (Hrsg.). *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts*. Wiesbaden: Steiner, 1970.

HOYER. Normative Ansprechbarkeit als Schuldelement. *Festschrift für Claus Roxin*. Berlin: de Gruyter, 2011.

HRUSCHKA, Joachim. *Strukturen der Zurechnung*. Berlin: de Gruyter, 1976.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KANT, Immanuel. *Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004/ 1787.

KANTOROWICZ, Hermann. *Some rationalism about realism*. New Haven: Yale Law Journal Co., 1934.

KARGL, Walter. *Handlung und Ordnung im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz. In: ALBRECHT, Peter-Alexis. *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

KAUFMANN, Armin. *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*: Gesammelte Aufsätze und Vorträge. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1982.

KAUFMANN, Arthur. *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre. Mainz: Krach, 1949.

KAUFMANN, Arthur. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1961.

KAUFMANN, Arthur. *Schuld und Strafe*, 2. Auflage, Köln: Heymann, 1983.

KINDHÄUSER, Urs. *Personalität, Schuld und Vergeltung*. Goltdammer's Archiv für Strafrecht 136, 1989.

KINDHÄUSER, Urs. *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung* – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik?. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 121, Heft 4, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat. *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.

KINDHÄUSER, Urs. Objektive Zurechnung: Möglichkeiten und Grenzen. *New Reports in Criminal Law*, 2013.

KORIATH, Heinz. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

KRÖGER, Thomas. *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat*: Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

LLOMPART, José. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

LÖW, Christiane. *Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2001.

MAIHOFER, Werner. *Recht und Sein*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.

MAURACH, Reinhard. *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*. Wolfenbüttel: Wolfenbütteler Verl.-Anst., 1948.

MERKEL, Adolf. Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben. *Gesammelte Abhandlungen*, 1. Hälfte. Straßburg: 1899.

METZINGER, Thomas. *The Ego Tunnel*: eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zur Bewusstseinsethik. Berlin: Berlin-Verl., 2009.

MEZGER, Edmund. *Sein und Sollen im Recht*. Tübingen: Mohr, 1920.

MEZGER, Edmund. Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* 55, 1936.

MOMSEN, Carsten. *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

MOURA, Bruno. *Ilicitude penal e justificação*: reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

NEUMANN, Ulfrid. Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: LÜDERSSEN, Klaus (Hrsg.). *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*. Band I. Baden-Baden: Nomos, 1998.

NEUMANN, Ulfrid. Das Problem der Rechtsgeltung. In: NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*. Baden-Baden: Nomos, 2008.

NEUMANN, Ulfrid. *Recht als Struktur und Argumentation*: Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft. Baden-Baden: Nomos, 2008.

NEUMANN, Ulfrid. Anfragen an Hegels Straftheorie aus nachmetaphysischer Sicht. In: HIRSCH, Andrew; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.); *Strafe* – Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie. Baden-Baden: Nomos, 2011.

NEUMANN, Ulfrid. Zur Veränderung von Verantwortlichkeitsstrukturen unter den Bedingungen des wissenschaftlich-technischen Fortschritts. In: NEUMANN, Ulfrid; PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. Welzel – ein Klassiker? In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

RADBRUCH, Gustav. *Handlungsbegriff*. Berlin: De Gruyter, 1903.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Leipzig: Quelle & Meyer, 1932.

RADBRUCH, Gustav. *Elegantiae juris criminalis*. Basel: Verl. f. Recht u. Gesellschaft, 1950.

RADBRUCH, Gustav. *Die Natur der Sache als juristische Denkform*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1960.

RAUCH HÖPHFFNER, Herbert. *Die Klassische Strafrechtsschule in ihrer politischen Bedeutung*. Leipzig: Weicher, 1936.

SAFFERLING, Christoph. *Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

SAUER, Wilhelm. *Grundlagen des Strafrechts*. Berlin, Leipzig: de Gruyter, 1921.

SCHAFFSTEIN, Günter. Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten. *Festschrift für Hans Welzel*. Berlin: de Gruyter, 1974.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Tübingen: Mohr, 1970.

SCHÖNECKER, Dieter. *Kants Begriff transzendentaler und praktischer Freiheit*: eine entwicklungsgeschichtliche Studie. Berlin: de Gruyter, 2005.

SCHUBERT, Axel. *Sein und Sollen*: Die Frage der Ethik bei Martin Heidegger. Grin Verlag, 2008.

SCHUDT, Rolf. *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung*. München: 1951.

SEELMANN, Hans. Welzels sachlogische Strukturen und die Naturrechtslehre. In: FRISCH, Wolfgang (Hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

SEIDENSTÜCKER, Herbert. *Strafzweck und Norm bei Binding und im nationalsozialistischen Recht*. Quakenbrück: Trute, 1938.

STICHT, Oliver. *Sachlogik als Naturrecht?* Rechts – und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Schöningh Paderborn, 2000.

STRATENWERTH, Günter. *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*. Tübingen: Mohr, 1957.

STRATENWERTH, Günter. *Unbewusste Finalität?* Festschrift für Hans Welzel. Berlin: De Gruyter, 1974.

STRATENWERTH, Günter. *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*. Muller, C F, 1977.

STRATENWERTH, Günter. *Sachlogische Strukturen*. Festschrift für Günther Jakobs. Köln: Heymann, 2007.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Köln: Heymann, 2011.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik. Berlin: de Gruyter Recht, 2007.

SUHR, Hans. *Karl Binding und das liberale Strafrecht des 19*. Jahrhunderts. Gottingen: Masch. Vervielf, 1947.

WELZEL, Hans. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Manheim: Deutsches Druck, 1935.

WELZEL, Hans. *Um die finale Handlungslehre*: eine Auseinandersetzung mit ihren Kritikern. Tübingen: Mohr, 1949.

WELZEL, Hans. *Naturrecht und Rechtspositivismus*. Festschrift für Hans Niedermeyer. Göttingen: Schwartz, 1953.

WELZEL, Hans. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1955.

WELZEL, Hans. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*: eine Einführung in die finale Handlungslehre. Göttingen: Schwartz, 1961.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 9. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1965.

WELZEL, Hans. Naturrecht und Rechtspositivismus. In: MAIHOFER, Werner (Hrsg.). *Naturrecht oder Rechtspositivismus*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1966.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: eine systematische Darstellung, 11. Auflage. Berlin: Gruyter, 1969.

WELZEL, Hans. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin: Gruyter, 1975.

WESTPHALEN, Daniela. Karl Binding. *Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien*, 26. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989.

WILENMANN, Javier. Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. *Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 12. Mohr Siebeck, 2014.

WULFF, Agnes. *Die existenziale Schuld*. Berlin: Lit, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A culpabilidade jurídico-penal, de Ana Cristina Ribeiro Bonchristiano – *RT* 633/255-262 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/25-36 (DTR\1988\135);
- A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual, de Aury Lopes Júnior – *RBCCrim* 143/117-153 (DTR\2018\12745);
- Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho, de Urs Kindhäuser – *RBCCrim* 78/75-92 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/1005-1022 (DTR\2009\309); e
- Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal – Reflexões Iniciais, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 127/39-78 (DTR\2016\24951).

Doença de Alzheimer e incapacidade jurídico-penal

Alzheimer disease and criminal incapacity

Eduardo Maciel Saraiva

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2018). Bolsista de Iniciação Científica PUCRS/BPA (2018). ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3994-8160].
edu_saraiva19@hotmail.com

Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Professor titular de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2003). ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4522-9592].
pvss@pucrs.br

Recebido em: 27.12.2018
Aprovado em: 19.08.2019
Última versão dos autores: 04.10.2019

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: Tendo em vista o atual envelhecimento populacional e as doenças que dele decorrem, novas implicações surgem para o direito penal referentes à responsabilização penal ou não de agentes acometidos pela doença de Alzheimer. Para tanto, após investigação a respeito da doença de Alzheimer e suas características, através de método dialético e interdisciplinar, baseando-se, principalmente, na literatura extrajurídica, sobretudo da área médico-psiquiátrica e da psicologia, questiona-se se doença de Alzheimer se enquadra nas terminologias ("doença mental" e "perturbação da saúde mental") previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, objetiva-se aprofundar e atualizar o estudo sobre a incapacidade jurídico-penal partindo-se da hipótese de que a doença de Alzheimer pode se configurar como causa de inimputabilidade e/ou semi-imputabilidade.

Abstract: Considering the current population aging and the diseases that result from it, new implications arise for criminal law regarding criminal responsibility of agents affected by Alzheimer's disease. In this sense, the article deals with the legal-penal incapacity by analyzing its relation with Alzheimer's disease. To achieve that, after a investigation about Alzheimer's Disease and it's characteristics, through a dialetic and interdisciplinary method, using as basis, primarily, extra juridical literature, especially in medical psychiatric and psychological areas, it is questioned whether Alzheimer's disease is included in the terminologies ("mental disease" and "mental health disturbance") provided for in the brazilian legal system. Thus, the objective is to deepen and update the study on the legal-penal incapacity starting from the hypothesis that Alzheimer's disease can be configured as a cause of inimputability and /or partial imputability.

Saraiva, Eduardo Maciel; Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. Doença de Alzheimer e incapacidade jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 105-151. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Palavras-chave: Doença de Alzheimer – Direito Penal – Incapacidade Penal – Doença Mental.

Keywords: Alzheimer Disease – Criminal Law – Criminal Incapacity – Mental Disease.

Sumário: 1. Introdução. 2. Doença de Alzheimer: aspectos clínicos. 3. Alienação mental, transtorno mental e doença mental: a questão da terminologia jurídica. 4. Incidente de insanidade mental e incapacidade jurídico-penal no curso da execução da pena privativa de liberdade. 5. Inimputabilidade e semi-imputabilidade decorrentes da doença de Alzheimer. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A população mundial está em trajetória de envelhecimento e tal situação trata-se, hodiernamente, de fato público e notório. Movido pela redução nas taxas de natalidade e de mortalidade, bem como o aumento da expectativa de vida, a qual é gerada pelo progresso nas condições de sobrevivência, tais como o constante e célere desenvolvimento da medicina e da farmácia, assim como o maior cuidado preventivo com a saúde[1], o envelhecimento populacional é uma realidade encarada no mundo inteiro. A população global com 60 anos de idade ou mais[2] em 2017 foi contabilizada em 962 milhões de pessoas, mais que o dobro em relação a 1980, em que o número era de 382 milhões. A expectativa é que esse número chegue a mais de 2 bilhões de pessoas até 2050, no qual o número de pessoas idosas tende a superar o de crianças e adolescentes[3]. No Brasil, essa realidade não difere. Segundo o IBGE, em 2017, sua população idosa chegou à marca de 30,2 milhões de pessoas, 4,8 milhões a mais em relação a 2012, representando um substancial crescimento de 18% em cinco anos[4] e a tendência é que até 2060

1. SILVA, Adriana; DAL PRÁ, Keli Regina. Envelhecimento populacional no Brasil: o lugar das famílias na proteção aos idosos. *Argumentum*, Vitória – ES, v. 6, n. 1, p. 99-115, jan.-jun. 2014.
2. Conforme a Lei 10.741/2003, em seu art. 1º, considera-se idoso, em nosso ordenamento jurídico, o indivíduo com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.
3. UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). *World Population Ageing 2017 – Highlights* (ST/ESA/SER.A/397). Disponível em: [www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA 2017_Highlights.pdf]. Acesso em: 17.08.2018.
4. IBGE. *Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017*. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5 -anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html]. Acesso em: 17.08.2018.

o percentual de pessoas com mais de 65 anos passe dos atuais 9,2% para 25,5%, representando ¼ da população brasileira.[5] A cada ano, nos aproximamos mais da inversão da pirâmide etária.

Diante desse paradigma, cabe ao Estado e suas instituições incentivarem a produção de conhecimentos necessários para se entender as alterações progressivas da sociedade, a fim de atender às novas estruturas iminentes desse período de transição demográfica, afinal, novas demandas surgirão e precisarão ser amparadas. Os reflexos do cenário apontado são verificáveis em larga escala, nas mais amplas perspectivas, eis que o envelhecimento permeia todos os aspectos da vida. Temas como cultura, ações afirmativas, previdência, economia, saúde, entre outros, incentivados por entes públicos e privados, têm colocado o idoso no centro do debate, como é possível averiguar na produção acadêmica e na implementação de políticas públicas específicas para essa faixa etária.

No saber científico, extraem-se diversas pesquisas que têm como principal tema a gerontologia e sua fragmentação em outros campos do saber, tais como a Medicina, a Psiquiatria e a Psicologia. A doença de Alzheimer, principal causa de declínio cognitivo em adultos, atacando uma esfera da população mundial que varia entre 40 e 90 anos de idade[6], figura como uma das enfermidades com maior campo de estudo no âmbito da medicina e da psicologia cognitiva, no Brasil e no mundo. A saúde do idoso representa desafios constantes na busca pela melhoria e garantia da qualidade de vida dessa faixa populacional, uma vez que são parte dos mais suscetíveis a enfermidades que os afetam, essas normalmente ligadas a suas reconhecidas limitações tanto físicas quanto mentais.[7] Pessoas idosas apresentam particularidades no quesito saúde, possuindo necessidades médicas que divergem dos indivíduos jovens.[8] Dentre essas particularidades, encaixa-se a incidência de doenças crônicas e degenerativas, as quais se apresentam com preponderância quanto maior a faixa etária em discussão.[9]

5. G1. *1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/ 2018/ 07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060-aponta-ibge.ghtml]. Acesso em: 17.08.2018.
6. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's Disease Facts and Figures. *Alzheimer's & Dementia*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.
7. NETO, Alfredo Cataldo et al. *Atualizações em geriatria e gerontologia VI:* envelhecimento e saúde mental. Porto Alegre: Edipucrs, 2016. p. 11.
8. PEREIRA, Adriane Miró Vianna Benke; SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; SCHWANKE, Carla Helena Augustin. Geriatria, uma especialidade centenária. *Scientia Medica,* Porto Alegre, v. 19, n. 4, p. 154-161, out.- dez. 2009.
9. TRENTINI, Clarissa Marceli; GONÇALVES, Marcia Toralles Avila. Os métodos de investigação na pesquisa junto a cuidadores de idosos com a doença de Alzheimer. *Psico*,

Percebe-se que o Direito tem adentrado nesse campo de discussão, como parte de seu dever de frequente atualização, objetivando acompanhar a realidade dos fatos, resguardando, assim, seu caráter regulador das relações jurídicas e garantidor da lei e da ordem em uma sociedade. Em nosso ordenamento jurídico, esse papel se revela ainda mais fundamental dada a sua positivação *in stricto* em nossa Constituição Federal, em seu Capítulo VII, bem como, *lato sensu*, na leitura do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual determina que alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial.[10]

Para os fins deste trabalho, essa questão se revela fundamental em dois aspectos: o da produção científica relacionada a psicopatologias do indivíduo idoso, especificamente se tratando da doença de Alzheimer e suas implicações no direito penal brasileiro no que tange à questão da incapacidade jurídico-penal (inimputabilidade e semi-imputabilidade), pois entre as enfermidades típicas da terceira idade que afetam a higidez mental de um indivíduo, destacam-se as demências, síndromes cognitivas que se caracterizam, primordialmente, pela deterioração dos domínios cognitivos[11], sendo que sua principal forma se encontra na doença de Alzheimer, a qual se estima que represente 50% a 60% dos casos.[12]

Em paralelo a isso, nossa legislação penal, ao tratar da questão da incapacidade jurídico-penal, utiliza-se de terminologias amplas e imprecisas a fim de determinar quais requisitos/critérios devem ser preenchidos para que a culpabilidade seja excluída ou reduzida devido à inimputabilidade ou à semi-imputabilidade. "Doença mental" e "perturbação da saúde mental" estão expressas em nosso diploma penal, embora desacompanhadas de qualquer rol, tanto taxativo quanto exemplificativo, que contribua para um melhor entendimento quanto a quais enfermidades adentram ambas as situações.

Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 308-318, 2009. Pesquisas apontam que 88% dos indivíduos com 65 anos ou mais têm, pelo menos, uma doença crônica (LEEMAN, J; HARREL, JS; FUNK, SG. Building a research program focused on vulnerable people. *West J Nurs Res.*, [S.I.], n. 24, p. 103-111, 2002.

10. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 12. ed. rev. e atual., 2017. p. 144.

11. COELHO, Gilson Gomes; TEIXEIRA, Patrícia Santos; NOVAK, Juliani Cristina. Os impactos na saúde do cuidador familiar de pessoas com doença de Alzheimer: uma revisão bibliográfica. *Revista Ciência e Estudos Acadêmicos de Medicina*, Universidade do Estado de Mato Grosso, n. 3, p. 57-71, jan.-jul. 2015.

12. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's Disease Facts and Figures. *Alzheimer's & Dementia*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.

Esse vácuo legal acaba sendo preenchido não pela letra da lei, mas pelo diálogo interdisciplinar entre direito, psicologia e psiquiatria, por meio da doutrina e da jurisprudência. Porém, a velocidade do direito (penal) se revela estanque se comparada com a dinâmica do diálogo científico das outras áreas acerca dos distúrbios mentais. Prova disso se verifica nas poucas publicações jurídicas relacionadas ao tema desde a publicação do DSM-5, em maio de 2013, o manual definitivo acerca dos transtornos mentais, que trouxe consigo significativas mudanças em relação à edição anterior. Por óbvio não se pode esperar do legislador a fluidez necessária para que o diálogo interdisciplinar entre direito (penal), psicologia e psiquiatria siga em ritmo similar. Esse dever, portanto, cabe à doutrina e jurisprudência, as quais devem se manter antenadas às descobertas no campo do saber médico, de modo que nosso Código penal não se distancie de forma tão brusca em tempo e espaço com a realidade.

Assim, investigar a relação entre a doença de Alzheimer e a incapacidade jurídico-penal e averiguar as eventuais hipóteses de seu enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro, aponta não só para um importante saber *stricto sensu* em relação ao tema, mas para uma definição de critérios que podem se demonstrar substancialmente importantes no futuro, na medida em que o direito penal terá de responder a demandas que surgirão a partir desse novo paradigma que está por vir, qual seja, a transmutação etária da sociedade brasileira. Mais precisamente, por intermédio do método dialético e interdisciplinar, pretende-se questionar se a doença de Alzheimer se inclui nas terminologias "doença mental" e "perturbação da saúde mental" previstas no código penal, partindo-se da hipótese de que a aludida doença pode se configurar como causa de exclusão ou redução da culpabilidade. Tal proposta metodológica visa contribuir para aprofundar e atualizar o estudo jurídico-penal a respeito das categorias inimputabilidade e semi-imputabilidade, tendo como delimitação e foco de pesquisa um objeto específico (a doença de Alzheimer).

Para tanto, buscando definir essa relação de forma pormenorizada, o presente artigo está sistematizado em três capítulos. O primeiro dedica-se a uma análise dos aspectos clínicos da doença de Alzheimer, com base na literatura extrajurídica, sobretudo da área médico-psiquiátrica e da psicologia. No segundo capítulo é feita uma revisão das terminologias utilizadas pela legislação e pela jurisprudência, enquanto no terceiro são abordadas as questões referentes ao incidente de insanidade mental e à superveniência de doença mental, a fim de obter subsídios para se chegar à conclusão se a doença de Alzheimer pode se inserir como causa de inimputabilidade e/ou semi-imputabilidade, tópico abordado, enfim, no terceiro e último capítulo.

2. Doença de Alzheimer: aspectos clínicos

No dia 03 de novembro de 1906, o médico psiquiatra e neurofisiologista alemão, Alois Alzheimer, descreveu durante o *37th Meeting of South-West German Psychiatrists* em Tübingen, na Alemanha, um caso de "peculiar e severa doença do córtex cerebral" em uma de suas pacientes.[13] A paciente era Auguste Deter, internada no hospital de Frankfurt em 1901, aos 51 anos de idade, por seu marido, o qual teria reportado inicialmente ao médico um ciúme excessivo e agressivo por parte de sua esposa, seguido de sintomas como perda de memória, ilusões persecutórias, afasia (deficiência na compreensão ou expressão de palavras), apraxia (perda da capacidade em executar movimentos e gestos), agnosia (incapacidade de reconhecer ou identificar um objeto), problemas de sono e desorientação.[14] Auguste permaneceu internada no hospital, onde seu estado piorava progressivamente, até a sua morte, em 1906. Após o resultado da autópsia, Alzheimer descobriu e descreveu alterações histológicas no cérebro da paciente, as quais seriam futuramente conhecidas como as principais características da doença de Alzheimer, os emaranhados neurofibrilares (alterações de proteína Tau) e placas senis (acúmulo de proteína beta amiloide).[15] Tais descobertas deram ensejo às publicações de Alzheimer, as primeiras acerca da doença que acabou recebendo seu nome, quando seu colega, Emil Kraepelin, publicou seu Manual de Psiquiatria, em 1910, incluindo a doença de Alzheimer como "demência pré-senil com sinais histológicos incomuns (placas senis e emaranhados neurofibrilares)", porém, diante da sua raridade, essa doença ficou esquecida por mais de 50 anos.[16]

Contudo, a situação se inverteu completamente nas últimas décadas. Diversas associações ao redor do mundo, em especial a *National Institute of Aging (NIA) e a Alzheimer's Association*, buscam, anualmente, muitas vezes em colaboração mútua, realizar estudos e pesquisas com o fito de alcançar maiores descobertas

13. HIPPIUS, Hanns; NEUNDÖRFER, Gabriele. The discovery of Alzheimer's disease. *Dialogues in Clinical Neuroscience*, [S.I.], v. 5, n. 1, p. 101-108, 2003.

14. ENGELHARDT, Eliasz; GOMES, Marleide da Mota. Alzheimer's 100th anniversary of death and his contribution to a better understanding of Senile dementia. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo. v. 73, n. 2, p. 159-162, Feb. 2015. Disponível em: [/www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004=282-2015000200159X&lng=en&nrm-iso]. Acesso em: 21.08.2018.

15. Ibidem.

16. HIPPIUS, Hanns; NEUNDÖRFER, Gabriele. The discovery of Alzheimer's disease. *Dialogues in Clinical Neuroscience*, [S.I.], v. 5, n. 1, p. 101-108, 2003.

científicas acerca da doença que apresenta, hoje, a maior prevalência no grupo etário pré-senil e senil e tem aumento gradual observado com o envelhecimento populacional.[17]

A doença de Alzheimer é uma doença degenerativa, irreversível e progressiva do cérebro, sendo a principal causa de declínio cognitivo em adultos.[18] Tem como principal alvo a faixa da terceira idade da população, tendo início entre 40 e 90 anos de idade, com maior predominância após os 65 anos de idade.[19] Sua prevalência passa de 0,7% aos 60 a 64 anos de idade para cerca de 50% nos grupos etários de 90 a 95 anos.[20] Ela compromete substancialmente a integridade física, mental e social de seu portador, acarretando uma situação de dependência total com cuidados cada vez mais complexos.[21] A doença tem progressão lenta, curso insidioso e duração variável, entre 02 e 18 anos até a morte do portador.[22] Ainda não existe tratamento efetivo estabelecido para a doença de Alzheimer[23], limitando-se sua eficácia ao retardo na evolução natural da doença, permitindo apenas uma melhora temporária do estado funcional do paciente.[24]

O Conselho Federal de Medicina, em recente parecer, trouxe a seguinte definição sobre a doença de Alzheimer:

17. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia,* São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
18. FORLENZA, Orestes Vicente. Tratamento farmacológico da doença de Alzheimer. *Rev. psiquiatr. Clín.*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 137-148, jun. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101=60832005000300006-&lng=en&nrm-iso]. Acesso em: 30.08.2018.
19. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia,* São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
20. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 523.
21. LUZARDO, Adriana Remião; GORINI, Maria Isabel Pinto Coelho; SILVA, Ana Paula Scheffer Schell da. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 15, n. 4, p. 587-594, dez. 2006. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072006000400006&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 30.08.2018.
22. IZQUIERDO, Ivan Antônio et al. *Envelhecimento, memória e doença de Alzheimer.* Porto Alegre: Edipucrs, 2015. p. 95.
23. PINTO, Renato Sousa et al. Doença de Alzheimer: abordagem farmacoterapêutica. *Boletim Informativo Geum*, Teresina, v. 6, n. 1, p. 16, 2015.
24. FORLENZA, Orestes Vicente. Op. cit.

> "A doença de Alzheimer (DA) é a mais frequente doença neurodegenerativa na espécie humana. A doença de Alzheimer acarreta alterações do funcionamento cognitivo (memória, linguagem, planejamento, habilidades visuais-espaciais) e muitas vezes também do comportamento (apatia, agitação, agressividade, delírios, entre outros), que limitam progressivamente a pessoa nas suas atividades da vida diária, sejam profissionais, sociais, de lazer ou mesmo atividades domésticas e de autocuidado. O quadro clínico descrito acima caracteriza a demência."[25]

Como aludido anteriormente, a doença de Alzheimer é a forma mais comum de demência, estimando-se que represente de 50% a 60% dos casos.[26] Assim, antes de esmiuçar suas demais características, faz-se relevante trazer à discussão com maior detalhamento aquilo que se assume por demência, buscando compreender plenamente a doença de Alzheimer, bem como contribuir para que se estabeleça fundamental distinção entre essa e as demais formas de demência. A demência é uma síndrome cognitiva clínica[27], geralmente degenerativa e progressiva, que cursa com deterioração dos domínios cognitivos, alterações de comportamento e prejuízo funcional de uma ou mais funções cognitivas[28] (tais como linguagem, agnosia, apraxias, funções executivas), apresentando maior ênfase na perda de memória, e interferência nas atividades sociais e ocupacionais.[29] Os sintomas ultrapassam as transformações típicas de um envelhecimento normal, tendo gravidade suficiente para comprometer a capacidade funcional diária de um indivíduo.[30]

---

25. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Processo-consulta CFM 61/2016 – Parecer CFM 15/2017*.
26. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's disease facts and figures. *Alzheimer's & Dementia 2016*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.
27. A definição de síndrome é "um grupo de sinais e sintomas que formam um conjunto e que pode ser causada por uma série de doenças subjacentes" (SANTANA, Rosimere Ferreira et al. A formação da mensagem na comunicação entre cuidadores e idosos com demência. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 288-296, jun. 2008. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072008000200010&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 02.09.2018.).
28. PESSOA, Rebeca Mendes de Paula; FARIA, Stephanie Martins de; MORAIS, Daiene de; CHAGAS, Marcos Hortes Nisihara. Da demência ao transtorno neurocognitivo maior: aspectos atuais. *Revista Ciências em Saúde*, Itajubá, v. 6, n. 4, p. 05-17, out.- dez. 2016.
29. GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Rev. psiquiatr. clín.*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000300004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 02.09.2018.
30. NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina.* Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 322.

Como bem atestado por Alfredo Cataldo Neto, o termo denomina não uma doença, mas "a expressão clínica de várias patologias que cursam com a deterioração de múltiplas habilidades cognitivas resultantes de efeitos fisiológicos diretos de uma condição médica geral, aos efeitos persistentes de uma substância ou a múltiplas etiologias"[31]. As causas estão relacionadas a danos nas células cerebrais, prejudicando sua capacidade de comunicação[32], figurando como mais frequentes as doenças degenerativas, tais como a doença de Alzheimer, a demência de corpos de Lewy, a doença de Parkinson, dentre outras.[33] Contudo, múltiplas são as etiologias possíveis, como nos casos de problemas vasculares (*e.g.* acidente vascular cerebral), doenças infecciosas (*e.g.* HIV) ou o abuso de álcool e outras drogas.[34]

Embora as demências sejam tratadas como Transtorno Neurocognitivo Maior e Menor na sistemática do atual DSM-5[35], o uso da primeira terminologia não

31. Ibidem.

32. TERRA, Newton Luiz et al. *Temas de geriatria e gerontologia preventivas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2017. p. 59.

33. OKAMOTO, Ivan Hideyo; BERTOLUCCI, Paulo Henrique Ferreira. Exame Neuropsicológico no Diagnóstico Diferencial das Demências Primárias. *Rev. Neurociências*, São Paulo, v. 6, n. 3, 119-125, 1998. Disponível em: [www.revistaneurociencias.com.br/edicoes/1998/RN%2006%2003/Pages%20from%20RN%2006%2003-5.pdf]. Acesso em: 03.09.2018.

34. GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Rev. psiquiatr. clín.*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000300004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 03.09.2018. Outras etiologias encontradas são: endócrinos, metabólicos, cerebrovasculares, inflamatórios e neoplásicos.

35. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*, desenvolvido pela *American Psychiatric Association*. É o principal manual de transtornos mentais, focado na aplicação clínica e teve sua versão mais recente publicada em 18 de maio de 2013, que traz as seguintes definições para os dois transtornos referidos: "O transtorno neurocognitivo maior é caracterizado pela evidência de declínio cognitivo significativo, de um nível prévio de desempenho, em um ou mais domínios cognitivos – atenção, funções executivas, memória e aprendizado, linguagem, capacidade de reconhecer e identificar objetos e cognição social. Essa evidência *é baseada no relato do* indivíduo, de um informante confiável, ou de um clínico, e na avaliação cognitiva objetiva, por testagem neuropsicológica ou por outra avaliação clínica. Os déficits cognitivos interferem na independência nas atividades da vida diária, não ocorrem exclusivamente no contexto de um delirium ou quadro confusional agudo e não são mais bem explicados por outro transtorno mental (p. ex., depressão maior ou esquizofrenia)". Referindo ainda

constitui um erro, tendo em vista a bibliografia histórica já construída sobre o tema. Autores como Allen Frances[36] preferem seguir usando o termo, para fins de praticidade.[37] A própria força-tarefa criadora do DSM-5 alega em artigo científico que não visava à extinção do termo ao criar uma nova categoria para os transtornos cognitivos.[38] Ademais, o termo segue sendo usado frequentemente no referido manual.

Seus sintomas são diversos e variam de acordo com sua causa, o que influenciará também em seu diagnóstico. Por exemplo, conquanto o comprometimento da memória não se constitua como exigência para o diagnóstico de demência, segundo critérios recomendados pela Academia Brasileira de Neurologia[39],

---

que "o transtorno neurocognitivo menor é caracterizado pela evidência de declínio cognitivo modesto, de um nível prévio de desempenho, em um ou mais domínios cognitivos – atenção, funções executivas, memória e aprendizado, linguagem, capacidade de reconhecer e identificar objetos e cognição social. Essa evidência *é baseada no relato do* indivíduo, de um informante confiável, ou de um clínico, e na avaliação cognitiva objetiva, por testagem neuropsicológica ou por outra avaliação clínica. Os déficits cognitivos não interferem na independência nas atividades da vida diária, não ocorrem exclusivamente no contexto de um *delirium* ou quadro confusional agudo e não são mais bem explicados por outro transtorno mental (p. ex., depressão maior ou esquizofrenia)".

36. "Allen Frances, MD, é médico, professor, pesquisador e autoridade proeminente em diagnósticos psiquiátricos. Presidiu a Força-tarefa do DSM-IV, foi membro da Força-tarefa que preparou o DSM-III-R e redigiu a versão final das seções de Transtornos da Personalidade no DSM-III. Autor de centenas de artigos e de mais de uma dezena de livros, mais recentemente *Saving normal: An insider's revolt against out-of-control psychiatric diagnosis, DSM-5, Big pharma and the medicalization of ordinary life*". Retirado de FRANCES, Allen. *Fundamentos do diagnóstico psiquiátrico:* respondendo às mudanças do DSM-5. Porto Alegre: Artmed, 2015. p. 06.
37. FRANCES, Allen. *Fundamentos do diagnóstico psiquiátrico:* respondendo às mudanças do DSM-5 [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Artmed, 2015.
38. GANGULI, M., BLACKER, D., BLAZER, D. G., GRANT, I., JESTE, D. V., PAULSEN, J. S... [et al.] The Neurocognitive Disorders Work Group of the American Psychiatric Association's (APA) DSM-5 Task Force. Classification of Neurocognitive Disorders in DSM-5: A Work in Progress. *The American Journal of Geriatric Psychiatry: Official Journal of the American Association for Geriatric Psychiatry*, [S.I.], v. 19, n. 3, p. 205-210, 2011. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3076370/]. Acesso em: 03.09.2018.
39. PARMERA, Jacy Bezerra; NITRINI, Ricardo. Demências: da investigação ao diagnóstico. *Revista de Medicina*, São Paulo, v. 94, n. 3, p. 179-184, dez. 2015. Disponível em: [www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/108748]. Acesso em: 06.09.2018.

trata-se de um de seus sintomas mais comuns, especialmente quando proveniente da doença de Alzheimer, que se caracteriza por ser a mais grave dentre as perdas de memória resultantes de doença. A doença de Alzheimer é uma demência de curso insidioso, isto é, começa com sintomas leves que vão aumentando ao longo do tempo. Sua duração costuma variar entre 02 a 18 anos.[40]

Ela é frequentemente precedida por um quadro de comprometimento cognitivo leve do tipo amnésico.[41] A memória declarativa para fatos e acontecimentos é profundamente afetada, enquanto que a memória processual e a aprendizagem motora são relativamente poupadas até o estágio final da doença, no qual o portador não consegue mais apresentar aprendizados novos. Com a evolução da doença, a perda de memória torna-se global.[42]

Além do distúrbio progressivo da memória[43], comprometimento cognitivo e transtorno comportamental do paciente também são comuns[44], devido a seu comprometimento cerebral extenso[45], afetando o funcionamento ocupacional e social. Progressivamente, o indivíduo se torna incapaz de desempenhar atividades da vida diária e de cuidar de si mesmo, aumentando-se a perda de autonomia e de capacidade decisória do portador.[46] O comprometimento das funções

40. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 524.
41. FORLENZA, Orestes; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Compêndio de psiquiatria clínica*. Barueri: Manole, 2012. p. 155.
42. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
43. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 524.
44. ALLEGRI, Ricardo et al. Perfis diferenciais de perda de memória entre a demência frontotemporal e a do tipo Alzheimer. *Psicol. Reflex. Crit.,* Porto Alegre, v. 142, p. 317-24, 2001.
45. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia,* São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
46. MARINS, Aline Miranda da Fonseca; HANSEL, Cristina Gonçalves; DA SILVA, Jaqueline. Behavioral changes of elderly with Alzheimer's disease and the burden of care for the caregiver. *Esc. Anna Nery*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 352-356, jun. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452016000200352&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 18.10.2018. O referido estudo aponta, por exemplo, a impossibilidade de alguns idosos acometidos da doença em ficarem sozinhos pelo risco em contato com fogo, de escapar de casa, ou de se perderem ao saírem sozinhos na rua.

executivas, tais como julgamento, planejamento, controle mental e solução de problemas ocorre desde o início da doença. Confusão com tempo e espaço, distúrbios de linguagem (fonêmica, semântica, provérbios), agnosia, apraxia, além do prejuízo de habilidades visuoespaciais são outros sintomas típicos, conforme o estágio evolutivo da demência.[47]

Relevante também trazer à baila que os portadores da doença de Alzheimer comumente apresentam alterações psíquicas e comportamentais, como apatia, depressão, ansiedade, psicose, isolamento social, desinibição, agitação e agressividade, usualmente nos estágios intermediários da doença.[48] A depressão, particularmente, demonstra-se bastante frequente: entre 10 a 30% dos portadores da doença apresentam esse quadro e, entre esses, 30% apresentam aspectos psicóticos.[49]

A doença de Alzheimer é responsável por alterações morfológicas no cérebro, causando significativa queda no número de sinapses e morte neuronal[50]

47. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 525.

48. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Compêndio de psiquiatria clínica*. Barueri: Manole, 2012. p. 156.

49. NETO, Alfredo Cataldo et al. *Atualizações em geriatria e gerontologia VI:* envelhecimento e saúde mental. Porto Alegre: Edipucrs, 2016. p. 353. A questão das comorbidades é interessante, visto que demência, *delirium* e depressão apresentam algumas similaridades que poderiam prejudicar um diagnóstico correto, isso quando não se apresentam simultaneamente em um indivíduo. A propósito, segue trecho de Scott A. Small e Richard Mayeux extraído de ROWLAND, Lewis P., PEDLEY, Timothy A. *Merritt. Tratado de neurologia. 12. ed.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-277-2481-4/cfi/6/28!/4/2/2/2@0:69.4]. Acesso em: 10.09.2018. "Algumas características ajudam a diferenciar a demência do *delirium*. A demência tem início insidioso, evolui por meses a anos com consciência normal e se agrava progressivamente, enquanto o delirium tem início agudo, evoluindo em dias a semanas e apresentando flutuações na consciência. A atenção geralmente não se altera em pacientes com demência, enquanto ela está quase sempre alterada no *delirium*. Uma atividade motora aumentada ou diminuída é inerente ao *delirium*, mas geralmente está ausente na demência. Se a causa for identificada, o *delirium* pode ser revertido, mas isso não ocorre na maioria das demências. O diagnóstico de um paciente apresentando demência e depressão pode, eventualmente, ser difícil. A depressão pode ser uma das manifestações iniciais da doença de Alzheimer. Na depressão, o distúrbio de memória tipicamente diminui com a piora do estado de ânimo. O início dos problemas de memória pode ser mais abrupto do que ocorre habitualmente na demência e eles são com frequência leves, tendendo a se estabilizar. Os resultados dos testes neuropsicológicos podem ser atípicos para demência".

50. Neurônios são responsáveis pela condução do impulso nervoso de célula a célula, gerando a transmissão de informações pelo cérebro humano, sendo que a resposta desse

(degeneração de células nervosas específicas), em decorrência de depósitos de placas senis (fibrilas de peptídeos de beta-amiloide extraneuronais) e presença de agregados intraneuronais da proteína tau (formação dos emaranhados neurofibrilares).[51] O acúmulo de beta-amiloide interfere na comunicação neuronal ocorrida nas sinapses, contribuindo para a morte celular. Já os emaranhados neurofibrilares bloqueiam o transporte de nutrientes e outras moléculas essenciais de dentro dos neurônios, contribuindo também para a morte celular.[52] Essas alterações têm início no hipocampo, região do cérebro responsável pela memória, e espalham-se por toda região cerebral à medida que a doença progride.[53] Por consequência, há perda de tecido e atrofia do cérebro, que reduz consideravelmente de tamanho, afetando quase todas as suas funções.[54] As alterações ocorridas no cérebro podem ter início anos antes dos sintomas típicos da doença surgirem. Inicialmente, o cérebro consegue compensar os danos neuronais ocorridos, até que, conforme a doença progrida, esses sejam tão significativos que afetem de forma generalizada o funcionamento psíquico do indivíduo.[55]

O principal fator de risco para a incidência da doença é a idade, visto que, como já exposto, seu principal alvo é a população idosa e a sua prevalência passa de 0,7% aos 60-64 anos de idade para cerca de 50% nos grupos etários de 90 a 95

impulso variará de acordo com a célula e com a estimulação realizada. Sinapse é o nome dado ao contato feito por essas células nervosas, podendo ser elétrica ou química (através de neurotransmissores). Estima-se a existência de 100 bilhões de neurônios e de 100 trilhões de sinapses em um cérebro humano, criando a base celular de memórias, pensamentos, sensações, etc. (ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's disease facts and figures. *Alzheimer's & Dementia 2016*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.)

51. ALMEIDA, Osvaldo P. Biologia molecular da doença de Alzheimer: uma luz no fim do túnel? *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 77-81, mar. 1997. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301997000100017&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 10.09.2018.
52. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's disease facts and figures. *Alzheimer's & Dementia 2016*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.
53. IZQUIERDO, Ivan Antônio et al. *Envelhecimento, memória e doença de Alzheimer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2015. p. 34.
54. ALMEIDA, Osvaldo P. Biologia molecular da doença de Alzheimer: uma luz no fim do túnel? *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 77-81, mar. de 1997. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42301997000100017&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 10.09.2018.
55. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's Disease Facts and Figures. *Alzheimer's & Dementia* 2016, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.

anos.[56] É necessário deixar claro, todavia, que a doença de Alzheimer não faz parte do envelhecimento normal de uma pessoa, não sendo possível afirmar que a senescência, por si só, seja a causa para sua incidência.[57]

O histórico familiar também aparece como fator de risco preponderante. O aumento do risco em indivíduos que tenham ao menos um parente de 1º grau acometido da demência está presente em até 32,9% de casos diagnosticados.[58] A probabilidade de incidência aumenta se havendo mais de um parente de 1º grau acometido da doença.

Outro fator de risco bem estabelecido é o polimorfismo específico no gene da apolipoproteína E (APOE4, alelo 4 da proteína do plasma relacionada com o transporte de colesterol).[59] Pesquisadores estimam que cerca de 40% a 65% de pessoas diagnosticadas com Alzheimer possuem uma ou duas cópias do gene APOE-4.[60]

Outros fatores de risco possíveis incluem traumatismo craniano, presença de comprometimento cognitivo leve (CCL), hipertensão arterial, inatividade física e mental, dieta pouco saudável, tabagismo, alcoolismo, sexo feminino, entre outros.[61-62]

---

56. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 523.
57. ALZHEIMER ASSOCIATION. Alzheimer's disease facts and figures. *Alzheimer's & Dementia* 2016, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.
58. NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina.* Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 324.
59. FARRER, Lindsay A.; CUPPLES, L. Adrienne; HAINES, Jonathan L.; HYMAN, Bradley; KUKULL, Walter A.; MAYEUX, Richard; MYERS, Richard H.; PERICAK-VANCE, Margaret A.; RISCH, Neil; VAN DUIJN, Cornelia M. Effects of age, sex, and ethnicity on the association between apolipoprotein E genotype and Alzheimer disease. A meta-analysis. APOE and Alzheimer Disease Meta Analysis Consortium. *JAMA*, [s. l.], v. 278, n. 16, p. 1349-1356, out. 1997. Disponível em [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9343467]. Acesso em: 15.09.2018.
60. ALZHEIMER ASSOCIATION. 2016 Alzheimer's disease facts and figures. *Alzheimer's & Dementia* 2016, [s. l.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016. apud FARRER, Lindsay A.; CUPPLES, L. Adrienne; HAINES, Jonathan L.; HYMAN, Bradley; KUKULL, Walter A.; MAYEUX, Richard; MYERS, Richard H.; PERICAK-VANCE, Margaret A.; RISCH, Neil; VAN DUIJN, Cornelia M. Effects of age, sex, and ethnicity on the association between apolipoprotein E genotype and Alzheimer disease. A meta-analysis. APOE and Alzheimer Disease Meta Analysis Consortium. *JAMA*, [s. l.], v. 278, n. 16, p. 1349-1356, out. 1997. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9343467]. Acesso em: 15.09.2018.
61. NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina.* Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 324.
62. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 523-524.

Segundo o DSM-5, dados estatísticos norte-americanos sugerem que cerca de 7% das pessoas diagnosticadas com doença de Alzheimer têm entre 65 e 74 anos de idade, 53% entre 75 e 84 anos, e 40% têm 85 anos ou mais, demonstrando sua prevalência conforme o envelhecimento populacional.[63] Ainda nesse país, em 1997, a prevalência da doença de Alzheimer atingiu 2,3 milhões de pessoas, passando para 4,5 milhões em 2000.[64] Hoje se projeta que a população de norte-americanos acometidos da doença chegue a 5,4 milhões de pessoas, sendo que mais de 90% possui 65 anos ou mais.[65]

No Brasil não há estudos tão completos quanto à sua incidência em nossa população. Porém, importantes pesquisas apontam uma semelhança estatística com relação aos EUA. Estudos epidemiológicos populacionais realizados na cidade de Catanduva, em São Paulo, apontaram uma prevalência de 7,1% de casos de demência entre pessoas com idade igual ou superior a 65 anos, nos quais a doença de Alzheimer foi responsável por 54% dos casos.[66]

Quanto à mortalidade, em estudo realizado com o intuito de descrever a evolução da taxa de mortalidade por doença de Alzheimer no Brasil, abrangendo o período de 2000 a 2009, utilizando-se dados de base populacional, utilizando como embasamento o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), resultados expressivos foram encontrados.

No período informado, houve registro no SIM de 1.505.326 (um milhão quinhentos e cinco mil trezentos e vinte e seis) óbitos na população de 60 anos ou mais, residentes nas capitais brasileiras, dos quais 0,4% tiveram a doença de Alzheimer como causa básica e 0,8% como causa mencionada na declaração de óbito. Considerando o conjunto dos óbitos por doenças do sistema nervoso central em 2009, a doença de Alzheimer codificada como causa básica de morte representou 65% dos óbitos entre as mulheres e 51,1% entre os homens.[67]

63. AMERICAN PSYCHIATRY ASSOCIATION. *DSM-5 – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 612.
64. BROOKMEYER, Ron; GRAY, Sarah; KAWAS, Claudia. Projections of Alzheimer's Disease in the United States and the Public Health Impact of Delaying Disease Onset. *Am J Public. Health*, [s. l.], n. 88, p. 1337-1342, 1998.
65. HERRERA JUNIOR, Emilio; CARAMELLI, Paulo; NITRINI, Ricardo. Estudo epidemiológico populacional de demência na cidade de Catanduva, estado de São Paulo, Brasil. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 70-73, 1997.
66. HERRERA, Emilio; CARAMELLI, Paulo; SILVEIRA, Ana Silvia; NITRINI, Ricardo. Epidemiologic Survey of Dementia in a Community-Dwelling Brazilian Population. *Alzheimer Disease and Associated Disorders*, Philadelphia, v. 16, n. 2, p. 103-108, 2002.
67. TEIXEIRA, Jane Blanco et al. Doença de Alzheimer: estudo da mortalidade no Brasil, 2000-2009. *Cadernos de Saúde Pública,* Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 850-860, 2015.

Visto que se trata de uma doença progressiva e variável, podendo durar de 2 a 18 anos[68], a doença de Alzheimer pode apresentar estágios degenerativos classificados em: leve, moderado e severo, mesmo considerando as diferenças individuais que possam vir a existir.[69] O estágio leve tem duração de dois a três anos, com sintomas vagos e difusos, se sobressaindo a perda de memória episódica e grande dificuldade de aprendizagem de novos eventos.[70-71]Nos estágios intermediários, pode ocorrer afasia fluente (alteração ou perda da capacidade de falar ou de compreender a linguagem falada e/ou escrita), agnosia (dificuldade na nomeação de objetos e na forma de expressar ideias e palavras) e apraxia (incapacidade de executar movimentos voluntários coordenados, embora as funções musculares e sensoriais estejam conservadas). Outros sintomas que eventualmente se destacam são: alterações na postura, aumento no tônus muscular, comprometimento da marcha e desequilíbrio.[72-73] Nos estágios terminais, todas as funções cerebrais estão amplamente afetadas, verificando-se alterações marcantes no ciclo sono-vigília, alterações comportamentais, irritabilidade, agressividade, sintomas psicóticos, incapacidade para deambular, falar, e realizar cuidados pessoais. Com a progressiva deterioração da memória e da execução das atividades de vida diária, a doença de Alzheimer pode ainda dar causa a sinais e sintomas neurológicos grosseiros, como hemiparesia espástica, rigidez importante e a deterioração corporal que é surpreendentemente rápida, ainda que o apetite esteja preservado.[74-75]

68. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 524.
69. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia,* São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
70. XIMENES, Maria. Doença de Alzheimer: o cuidado no diagnóstico. *Revista Portal de Divulgação*, [s. l.], v. 41, n. 1998, p. 52-56, 2014.
71. GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005.
72. ARAÚJO, Claudia Lysia; NICOLI, Juliana Silva. Uma revisão bibliográfica das principais demências que acometem a população brasileira. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 231-244, 2010. Apud XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
73. GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005.
74. XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
75. GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005.

Em suma, a doença de Alzheimer é caracterizada por prejuízos de funções neuropsicológicas e cognitivas superiores com manifestações de alterações de comportamento e de personalidade, interferindo nas habilidades do indivíduo em desempenhar suas atividades normais do dia a dia e, somente nos estágios finais da doença, ele se torna apático, apresentando sua função motora inteiramente prejudicada, motivo pelo qual frequentemente é necessária a presença de um cuidador, diante de sua total incapacidade de cuidado pessoal.[76]

Quanto ao diagnóstico da doença de Alzheimer, há estudos de consenso no Brasil realizados pelo Departamento Científico de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia, que estabelecem três fases ou estágios: Alzheimer pré-clínica, comprometimento cognitivo leve (CCL) devido à doença de Alzheimer e demência.[77] Para os fins deste estudo, limitar-nos-emos a apontar os critérios diagnósticos da demência devido à doença de Alzheimer, visto que a fase CCL não apresenta comprometimentos do aspecto funcional, enquanto que a pré-clínica deve ser restrita à pesquisa clínica.[78]

Conforme recomendações para o diagnóstico da doença de Alzheimer no Brasil, elaboradas pelos membros do Departamento de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia, o diagnóstico da doença de Alzheimer pode ser dividido em possível, provável e definitivo[79], conforme critérios do NINCDS-ADRDA[80], sendo que o último depende de análise histopatológica do tecido cerebral *post-mortem*, apontando a presença das placas senis e emaranhados neurofibrilares acima do esperado para a faixa etária.[81]

---

76. DALY, Mel. *20 problemas + comuns em geriatria.* Trad. Adelman, A.M.; Fioravanti I. Rio de Janeiro: Revinter, 2002. p. 220-240. (Original: 20 common problems in Geriatrics). Apud XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.
77. FROTA, Norberto Anízio Ferreira et al Critérios para o diagnóstico de doença de Alzheimer: Recomendações do Departamento Científico de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia. *Dementia e Neuropsychologia,* São Paulo, v. 5, n. 3, p. 146-152, 2011.
78. Ibidem.
79. MANSUR, Letícia Lessa; CARTHERY, Maria Teresa; CARAMELLI, Paulo; NITRINI, Ricardo. Linguagem e cognição na Doença de Alzheimer. *Psicologia: Reflexão e Crítica,* Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 300-307, dez. 2005.
80. MCKHANN, G.; DRACHMAN, D.; FOLSTEIN, M; KATZMAN, R.; PRICE, D.; STADLAN, E.M. Clinical diagnosis of Alzheimer's disease: report of the NINCDS-ADRDA Work Group under the auspices of Department of Health and Human Services Task Force on Alzheimer's Disease. *Neurology*, [s. l.], n. 34, p. 939-944, 1984.
81. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Compêndio de psiquiatria clínica*. Barueri: Manole, 2012. p. 156.

Aponta o referido estudo para a realização de anamnese e avaliação cognitiva na busca pelo diagnóstico. Sendo esses insuficientes, há necessidade de confirmação por meio de avaliação neuropsicológica.[82] Necessário também exame de imagem, tomografia de crânio ou, preferencialmente, ressonância magnética do crânio, para excluir outras etiologias ou comorbidades, evidenciando a ausência de outros distúrbios sistêmicos ou cerebrais, que poderiam ser as causas dos *deficit* de memória e de cognição progressivos.

No diagnóstico provável, a demência é estabelecida por exame clínico e documentada pelo *Mini-Mental State Examination* (MMSE) ou Escala de Demência de Blessed, ou outro exame similar, confirmado por testes neurológicos; início insidioso (meses ou anos); *deficit* em duas ou mais áreas da cognição (apresentação amnéstica, distúrbios nos campos da linguagem, visual-espacial ou funções executivas); progressiva piora da memória e de outras funções, sem distúrbio de consciência. Colabora para esse diagnóstico a presença de sintomas associados à doença, como distúrbio de comportamento, alterações do sono, perda de peso[83] e a evidência de declínio cognitivo progressivo, constatado em avaliações sucessivas.[84] O diagnóstico provável não deve ser aplicado se houver: evidência de doença cerebrovascular (temporalmente relacionada ao início do comprometimento cognitivo); presença de infartos múltiplos ou extensos; características centrais de outros tipos de demência, tais como frontotemporal ou com corpos de Lewy (tais como alucinações visuais, flutuação cognitiva, hiperoralidade, hipersexualidade); por fim, evidência de outra doença concomitante e ativa, neurológica ou não neurológica, ou de uso de medicação que pode ter efeito substancial sobre a cognição.[85]

No diagnóstico possível há a presença de uma síndrome demencial e ausência de anormalidades neurológicas, psiquiátricas ou sistêmicas suficientes para causar a demência. No entanto, algumas possíveis características apresentadas

82. FROTA, Norberto Anízio Ferreira et al. Critérios para o diagnóstico de doença de Alzheimer: Recomendações do Departamento Científico de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia. *Dementia e Neuropsychologia*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 146-152, 2011.

83. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Compêndio de psiquiatria clínica*. Barueri: Manole, 2012. p. 156.

84. FROTA, Norberto Anízio Ferreira et al. Critérios para o diagnóstico de doença de Alzheimer: Recomendações do Departamento Científico de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia. *Dementia e Neuropsychologia*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 146-152, 2011.

85. Ibidem.

impedem o diagnóstico provável, como um curso atípico, com início abrupto e padrão evolutivo incomum, isto é, sem apresentar o caráter de progressão gradual da doença; apresentação mista, com evidência de uma segunda desordem sistêmica ou cerebral suficiente para provocar demência, mas que não é considerada a causa primária no caso em questão (evidência de outras etiologias, *v.g.* características da demência com corpos de Lewy); ou detalhes de história insuficientes sobre instalação e evolução da doença[86-87].

Há estratégias farmacológicas e não farmacológicas para o tratamento da doença de Alzheimer, conquanto elas se limitem a um retardo discreto na evolução da doença, possuindo função paliativa para melhora do estado funcional do paciente.[88] Assim, nenhum tratamento mostrou, até o momento, ter ação curativa, de fato.[89] Desse modo, ela acaba progredindo, invariavelmente, em todos os casos.

O tratamento farmacológico da doença de Alzheimer compreende a utilização de fármacos, tais como antipsicóticos, neurotransmissores, hormônios, entre outros, que possam compensar a lesão cerebral já ocorrida em decorrência da doença, de forma isolada ou em conjunto[90], podendo ser definida da seguinte forma: terapêutica específica, que tem como objetivo reverter processos patofisiológicos que conduzem à morte neuronal e à demência; tratamento sintomático, que visa restaurar, ainda que parcial ou provisoriamente, as capacidades cognitivas, as habilidades funcionais e o comportamento dos pacientes portadores de demência; e terapêutica complementar, que busca o tratamento das manifestações não cognitivas da demência, tais como depressão, psicose, agitação psicomotora, agressividade e distúrbio do sono.[91]

O tratamento não farmacológico envolve intervenções psicossociais para com o paciente e seus familiares, com o fito de aliviar o estresse e trazer maior

86. Ibidem.

87. Cabe apontar aqui que a limitação de idade de início entre 40 e 90 anos foi excluída dos critérios atuais para o diagnóstico de Alzheimer, diante da possibilidade da doença atacar a população mais jovem, como no caso de Alzheimer decorrente de HIV, embora a parcela da população massivamente mais afetada pela doença seja a idosa.

88. FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014. p. 531-532.

89. NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 325.

90. Ibidem.

91. FORLENZA, Orestes Vicente. Op. cit.

qualidade de vida a todos os afetados pela doença. Algumas medidas conhecidas são a psicoterapia familiar, a educação básica a respeito da demência, terapia física e ocupacional, entre outras abordagens.[92]

3. Alienação mental, transtorno mental e doença mental: a questão da terminologia jurídica

Ao se investigar a possibilidade de incapacidade jurídico-penal na doença de Alzheimer, é correto atestar que o tema abordado incide na primeira causa de inimputabilidade mencionada no artigo 26, *caput*, do código penal, que é a hipótese de *doença mental*. No entanto, essa expressão pode trazer confusão à primeira vista, pois é corrente na doutrina o uso dos termos *transtorno mental* ou *alienação mental* como se sinônimos fossem, sem grandes preocupações quanto ao correto significado de cada um deles.

Faz-se necessário, inicialmente, conceituar cada uma dessas terminologias, visando descrever a doença de Alzheimer de forma adequada, excluindo qualquer tipo de imprecisão, bem como investigando se a doença aqui pesquisada de fato se insere na expressão usada pelo código penal pátrio em seu dispositivo.

A expressão *alienação mental* aparece em nossa legislação nas hipóteses de isenção do imposto de renda previstos no art. 6º, XIV, da lei 7.713/88[93], bem como de aposentadoria dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais no art. 186, § 1º, da lei 8.112/90.[94] Em matéria

92. NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003. p. 326.

93. Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, *alienação mental*, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

94. Art. 186. O servidor será aposentado: I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos; § 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I

extralegal, o Manual do Ministério da Defesa para Perícias e Auditorias Médicas no Distrito Federal[95], instituída pela Portaria Normativa 1174/MD, de 06.09.2006, busca conceituar a expressão trazida nos referidos dispositivos, inclusive incluindo a doença de Alzheimer como um dos quadros passíveis de enquadramento, trazendo a seguinte definição de alienação mental:

> "Considera-se alienação mental o estado mental consequente a uma doença psíquica em que ocorre uma deterioração dos processos cognitivos, de caráter transitório ou permanente, de tal forma que o indivíduo acometido torna-se incapaz de gerir sua vida social. Assim, um indivíduo alienado mental é incapaz de responder legalmente por seus atos na vida social, mostrando-se inteiramente dependente de terceiros no que tange às diversas responsabilidades exigidas pelo convívio em sociedade. O alienado mental pode representar riscos para si e para terceiros, sendo impedido por isso de qualquer atividade funcional, devendo ser obrigatoriamente interditado judicialmente. Em alguns casos, torna-se necessária a sua internação em hospitais especializados visando, com o tratamento, a sua proteção e a da sociedade."

O termo também encontra algum respaldo na doutrina, ao tratar do art. 26 do Código Penal. Bruno, ao descrever "doença mental", conforme consta no dispositivo, atesta que deve ele compreender "os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes".[96] Bitencourt atesta que "teria sido melhor a utilização da expressão 'alienação mental', que, de forma mais abrangente, compreenderia todos os *estados mentais*, mórbidos ou não, que demonstrassem a incapacidade do criminoso de entender o caráter ilícito de sua ação ou de determinar-se de acordo com essa compreensão".[97]

---

deste artigo, tuberculose ativa, *alienação mental*, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

95. *Perícias e auditorias médicas do Distrito Federal. Manual de Perícia Médica – Doenças enquadradas no parágrafo 1º do artigo 186 da lei 8.112/90*. Disponível em: [www.periciamedicadf.com.br/manuais/periciamedica/periciamedica19.php]. Acesso em: 22.09.2018.
96. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II. p. 133.
97. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 471.

Na jurisprudência, verifica-se, em matéria tributária, que a doença de Alzheimer é usualmente enquadrada como patologia causadora da alienação mental, dando ensejo à isenção do IR na forma da lei.[98] Em alguns casos, a alienação mental é tratada como gênero, da qual a doença de Alzheimer seria espécie.[99]

Diante disso, podemos aferir que a alienação mental é um estado decorrente de algum transtorno ou doença, configurando-se como uma possibilidade de acordo com o grau de gravidade desses. É frequente o encontro de incorreções no uso dessa expressão na prática jurídica. Por exemplo, se a alienação mental é

98. Segue exemplo: "Ementa: Apelação cível. Direito tributário. Isenção de imposto de renda. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Legitimidade passiva do município. Servidor municipal inativo. Impossibilidade jurídica do pedido. Descabimento. Doença grave. Alienação mental. Doença de Alzheimer. Suficiência da prova produzida nos autos. Laudo pericial de órgão oficial que não vincula o julgador. Direito reconhecido. Enfermidade prevista no artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, com redação dada pela Lei nº 11.052/04. [...] 3. No julgamento do REsp nº 1116620/BA, submetido ao rito do rito dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça assentou que o rol do art. 6º da Lei Federal nº 7.713/88 (com as alterações posteriores) é taxativo, ainda reiterando que não cabe interpretação extensiva para a concessão de benefício fiscal. 4. Hipótese em que parte autora foi interditada em 2012, por ser portadora da doença de Alzheimer, havendo documentos suficientes que comprovam que a respectiva doença grave, causadora de *alienação mental*, patologia que está expressamente arrolada no art. 6º da Lei Federal nº 7.713/88. Laudo Pericial emitido por serviço médico oficial que, por ser lacônico e por não vincular o julgador (art. 436 do CPC/73), nas circunstâncias, não serve para descaracterizar a doença incapacitante da qual o demandante logrou êxito em adequadamente evidenciar, quanto mais que há laudo psiquiátrico juntado pela autora atestando a referida patologia (art. 333, inc. I, do CPC/73). [...] Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70071243257, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 14/12/2016)". BRASIL. TJRS. Acórdão em Apelação Cível 70071243257, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, *DJE* 14.12.2016 (grifo nosso).

99. BRASIL. TRF3. Acórdão em Apelação/Reexame Necessário 0007896-25.2011.4.03.6100/SP, Rel. Des. Mônica Nobre, *DJE* 25.06.2015. "Ementa: Tributário. Prescrição REX 566.621. Imposto de renda. Isenção. Aposentadoria. Alienação mental. Alzheimer. Laudo oficial. Remessa oficial e apelação improvidas. Considerando que esta ação foi ajuizada após a vigência da LC nº 118/2005, estão prescritos todos os pagamentos anteriores aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. O Mal de Alzheimer – doença sofrida pela autora – não está expressamente arrolado entre as doenças que permitem a isenção de imposto de renda. No entanto, é preciso esclarecer que o Mal de Alzheimer é uma espécie do gênero *"alienação mental", mazela esta que se encontra inserida no rol de isenção*". (Apelação/Reexame Necessário 0007896-25.2011.4.03.6100/SP, Rel. Des. Mônica Nobre, *DJe* 25.06.2015) (grifo nosso).

um estado mental, ela consequentemente não é uma patologia, o que demonstra o erro tanto na escolha do legislador nas leis 7.713/88 e 8.112/90, quanto em decisões vistas nos tribunais. Tratá-la como gênero, da qual a doença de Alzheimer seria espécie, também se traduz em erro, visto que o estado de alienação mental seria, em verdade, consequência da doença aqui estudada.

Destarte, embora a referida expressão encontre algum apoio na doutrina, uma avaliação empírica demonstra que seu uso fomenta a oportunidade tanto para equívocos quanto ao seu tratamento, como para o uso indeterminado de expressões que, embora pareçam similares, apresentam conceitos diferentes. O legislador, ao escolher o sistema biopsicológico para aferir a incapacidade penal, diferenciando o critério psicológico em seus aspectos cognoscitivos e volitivos, possibilitou maior eficiência no encaixe das diversas patologias existentes, a partir de seus efeitos no ser humano. O enquadramento da doença de Alzheimer nos casos de inimputabilidade e semi-imputabilidade penal se demonstra mais facilitado, tendo em vista seus estágios degenerativos.

Por fim, cabe também afirmar que a expressão (alienação mental) se encontra ultrapassada, ao menos na bibliografia psiquiátrica, remontando ao arcaico termo "alienista". Assim, seu uso deve se manter restrito às leis que o trazem em seu conteúdo, não sendo desejável que se transporte à leitura de nossa lei penal.

Quanto à expressão "transtorno mental", o DSM-5, a última edição do *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, publicado pela Associação Americana de Psicologia (APA), usado clinicamente por profissionais da área da saúde traz a seguinte definição de transtorno mental:

> "Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. Transtornos mentais estão frequentemente associados a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes."[100]

É de suma importância, para uma correta noção de *transtorno mental*, a ideia de "perturbação clinicamente significativa", de modo que o próprio DSM-5 aponta que desvios sociais de comportamento, de natureza religiosa, política ou

100. AMERICAN PSYCHIATRY ASSOCIATION. *DSM-5 – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 20.

sexual, por exemplo, bem como conflitos que são basicamente referentes ao indivíduo para com a sociedade, não são vistos como transtornos mentais, a menos que decorram de alguma disfunção no indivíduo.[101]

Dentro dos transtornos mentais, aparecem os transtornos neurocognitivos, que substituíram o que antes era visto no DSM-IV-TR como *delirium*, demência e depressão, entre outros. Acerca dos aspectos atuais da demência, refere-se a seguinte descrição de algumas das alterações ocorridas:

> "A primeira grande mudança refere-se à nomenclatura. A denominação demência foi substituída por transtorno neurocognitivo maior e os casos mais leves de prejuízo cognitivo sem interferência funcional, antes diagnosticados como comprometimento cognitivo leve, receberam a denominação de transtorno neurocognitivo leve. Neste, apesar de uma independência nas atividades cotidianas, pode haver estratégias compensatórias, necessidade de maior esforço ou acomodação. A utilização do termo demência ficou restrita aos transtornos neurocognitivos devido ao processo neurodegenerativo."[102]

Em termos de nomenclatura médica, portanto, demência se tornou um termo geral usado para descrever diferentes transtornos neurológicos, como os decorrentes da doença de Alzheimer. Cabe relembrar, contudo, que a força tarefa responsável pela criação do DSM-5 não aboliu seu uso, podendo se encontrar o termo diversas vezes no próprio manual.

A expressão encontra respaldo na legislação, mais precisamente na lei 10.216/2001, também chamada de "lei da reforma psiquiátrica", a qual trata dos direitos e da proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.[103] Conquanto seus reflexos enquanto

---

101. Ibidem.

102. PESSOA, Rebeca Mendes de Paula; FARIA, Stephanie Martins de; MORAIS, Daiene de; CHAGAS, Marcos Hortes Nisihara. Da demência ao transtorno neurocognitivo maior: aspectos atuais. *Revista Ciências em Saúde,* Itajubá, v. 6, n. 4, 2016. Disponível em: [https://issuu.com/medicinaitajuba/docs/rcsfmitv6n4]. Acesso em: 23.09.2018.

103. A título de curiosidade, o projeto que deu origem à referida lei visava, em verdade, à extinção dos hospitais psiquiátricos e sua substituição por outros recursos assistenciais, porém, ressaltando a importância da garantia de direitos fundamentais e civis dos doentes mentais. Em sua exposição de motivos, apresentada pelo deputado Paulo Delgado, se extrai: "A questão psiquiátrica é complexa, por suas interfaces com a Justiça e o Direito, com a cultura, com a filosofia, com a liberdade. [...] O que ela [lei] pretende é melhorar – da única forma possível – o atendimento psiquiátrico à população que depende do Estado para cuidar de sua saúde, e proteger em parte os direitos civis daqueles que,

positivador de direitos humanos de pessoas marginalizadas, bem como incentivador de uma cultura antimanicomialista, há dúvidas quanto à real extensão de sua aplicação no âmbito penal. Como assevera Silva:

> "[...] em relação ao plano criminal, não se cuida de pessoas com meros transtornos mentais, mas de pessoas portadoras de transtorno que praticaram algum fato típico penal. A nosso ver, há significativas dúvidas em saber se devem ser confundidos os diferentes âmbitos, o criminal e o não criminal, pois a este último devem-se acrescentar os reclamos de defesa social."[104]

Tendo em vista que transtornos mentais não contam com marcadores biológicos bem definidos, diferente de outras patologias como AIDS, câncer ou febre amarela, entre outros[105], dificilmente podemos defini-los como sinônimo de doença mental, em sentido estrito.[106] Tal construto acaba por ser mais abrangente, relacionando-se com as quatro categorias previstas no código penal brasileiro atual: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e perturbação mental da saúde.[107]

---

por serem loucos ou doentes mentais, não deixaram de ser cidadãos". (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. 3.657, de 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 29.09.1989, Seção I, p. 10696. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD-29SET1989.pdf#page=30]. Acesso em: 23.09.2018). Sobre o movimento antimanicomial e a Lei 10.216/2001, desenvolvidamente, CASTELO BRANCO, Thayara. *A (des) legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 156 e ss.

104. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 127.

105. CAPONI, Sandra. O DSM-V como dispositivo de segurança. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 741-763, set. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000300741&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 23.09.2018.

106. Aponte-se, no entanto, que não é raro o uso das duas expressões como sinônimas na doutrina. Trindade, em seu *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito* utiliza ambos os termos em consonância de ideias frequentemente, chegando a traduzir o DSM para "Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais", mesmo que na tradução corrente no país seja "Transtornos Mentais" ao se traduzir *Mental Disorders*.

107. OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. *Transtorno mental e perda de liberdade*. São Paulo: Cremesp, 2013. Disponível em: [www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod_publicacao=71]. Acesso em: 24.09.2018.

Por fim, não há consenso sobre uma conceituação definitiva do termo doença mental. Se na doutrina o termo foi alvo de ferrenho debate, tendo seus críticos e seus defensores[108], melhor situação não se verifica na bibliografia médica, da qual se extraem diversos artigos questionando a abrangência do vocábulo, principalmente no tocante a uma fragmentação ou não entre sintomas físicos e psicológicos ao buscarmos melhor definição.

Szasz, afirma não existir doença mental, sendo esse conceito inválido, pois o termo doença deve ser restrito a sintomas físicos, afirmando que aquilo que denominamos doenças mentais, ou seriam na verdade doenças cerebrais, ou se tratariam de normas psicossociais, referindo-se a um comportamento desviante do "normal" por parte de um suposto doente mental.[109]

Kendell, antigo presidente da *Royal College of Psychiatrists*, por outro lado, mostra-se contrário a uma distinção entre doenças físicas e mentais, atestando que nem corpos nem mentes ficam doentes, mas pessoas, ou organismos, de modo que toda doença envolverá aspectos psíquicos ou somáticos.[110] Assim, entende que o termo deveria ser substituído por "doenças psiquiátricas", para evitar que se persista nessa divisão entre o físico e o mental.

Foucault foca no caráter estigmatizante da expressão, analisando as relações de poder decorrentes da ideia de causalidade existente entre a loucura e as patologias então tratadas como doenças mentais, dimensionando o lado psicológico e o social da doença mental. Nas palavras do filósofo, "a doença mental, que a medicina vai atribuir-se como objeto, se constituirá lentamente como a unidade mítica do sujeito juridicamente incapaz e do homem reconhecido como perturbador do grupo, e isto sob o efeito do pensamento político e moral do século XVII".[111] Ou seja, o louco era visto como sendo *"o Outro, o Estrangeiro, o Excluído"*, possuindo uma culpabilidade moral inerente.

---

108. PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 49.

109. SZASZ, Thomas Stephen. *O mito da doença mental*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974. p. 58-62.

110. KENDELL, Robert Evan. The distinction between mental and physical illness. *The British Journal of Psychiatry, [s.l.], v. 178, n. 6*, p. 490-493, jan. 2001. Disponível em: [www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/5FA9AC9A9A8F7D6395BF41B3CD004305/S0007125000156752a.pdf/div-class-title-the-distinction-between-mental-and-physical-illness-div.pdf]. Acesso em: 23.09.2018.

111. FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 147. Neste livro, Foucault demonstra que, com a erradicação da lepra, os loucos

Há também quem entenda que a expressão é infeliz sob qualquer circunstância, como se verifica na citação de França:

> "a expressão 'doença mental' não se ajusta bem ao que se quer atingir, porque se entende como sinônimo de enfermidade da mente. Não sendo a mente algo material, tecnicamente não admite uma doença. A mente não é local do corpo, mas uma atividade, uma função. Ademais, doença mental não pode ser igual a doença do cérebro. Enfermidade do cérebro é, a saber, um tumor, uma esclerose múltipla, uma neurossífilis. E, na hora em que as enfermidades denominadas mentais demonstram doença, os pacientes começam a ser transferidos da psiquiatria para outros setores."[112]

No entanto, algumas visões utilizam do vocábulo "doença mental" como uma "expressão coringa" para denotar tanto doenças cerebrais, quanto doenças da psique humana, evidenciadas em geral por sintomas comportamentais. O *Farlex Partner Medical Dictionary, v.g.,* traz a seguinte definição acerca do termo:

> "a broadly inclusive term, generally denoting one or all of the following: 1) a disease of the brain, with predominant behavioral symptoms, as in paresis or acute alcoholism; 2) a disease of the 'mind' or personality, evidenced by abnormal behavior, as in hysteria or schizophrenia; also called mental or emotional disease, disturbance, or disorder, or behavior disorder."[113]

Teixeira, em consonância com esse entendimento, aponta a existência de fatores causais de tipo biológico e/ou psicológico existentes na concepção dessas doenças que ele classifica como "consideravelmente mais complexas" que as doenças físicas, tendo em vista essa ambivalência de causas e sintomas.[114] Se

tomaram o lugar dos leprosos na sistemática de internação compulsória existente na época, dando origem a um sistema ainda presente em muitas das sociedades contemporâneas. O pouco tempo de existência da lei de reforma psiquiátrica demonstra o quão recente são os movimentos antimanicomiais no Brasil.

112. FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da medicina legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-277-2184-4/cfi/380!/4/2@100:0.00]. Acesso em: 24.09.2018.

113. Mental illness. (n.d.) *Farlex Partner Medical Dictionary*. 2012. Disponível em: [https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/mental+illness]. Acesso em: 23.09.2018.

114. TEIXEIRA, João Marques. É necessária uma definição precisa de doença mental? *Revista Saúde Mental*, [s.l.], v. 11, n. 6, p. 07-10, dez. 2009. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/62009/2/86674.PDF]. Acesso em: 23.09.2018.

diferencia, assim, do posicionamento de Kendell, por não excluir a necessidade de se buscar uma definição própria para o termo.

De qualquer maneira, entendê-la como um transtorno mental ou como uma doença do cérebro, não apresenta nenhum prejuízo do ponto de vista hermenêutico, sob uma perspectiva histórica, sistemática e/ou teleológica. Eventual celeuma quanto a uma abordagem semântica deve ser afastada, tanto pela acepção do termo doença mental como "expressão coringa", englobando ambos os sentidos usualmente dados à expressão, quanto pelo largo respaldo da doutrina acerca desse entendimento.[115]

115. Como exemplo de definições de doença mental vistas na doutrina, apoiando uma interpretação mais ampla: "a doença mental, para os efeitos da norma jurídica, apresenta-se como um estado morboso da psiquê, capaz de produzir profundas inibições na inteligência ou na vontade, no momento da ação ou da omissão. Por outro ângulo, é de se ter presente que o conceito psiquiátrico da doença mental, embora sirva de base para a formulação do conceito jurídico, nem sempre coincide exatamente com este", (LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 240). Assevera Bitencourt que "pela redação utilizada pelo Código Penal, deve-se dar abrangência maior do que tradicionalmente lhe concederia a ciência médica para definir uma enfermidade mental. Porque não é atribuição do legislador penal nem do juiz da ação penal classificar nem resolver as questões médicas e técnicas que concernem à psiquiatria, mas, sim, valorar os efeitos que determinado estado mental pode ter sobre os elementos que compõem a capacidade de culpabilidade penal", salientando que a doença mental deve compreender, portanto, como afirmava Aníbal Bruno, "os estados de alienação mental por desintegração da personalidade, ou evolução deformada dos seus componentes, como ocorre na esquizofrenia, ou na psicose maníaco-depressiva e na paranoia; as chamadas reações de situação, distúrbios mentais com que o sujeito responde a problemas embaraçosos do seu mundo circundante; as perturbações do psiquismo por processos tóxicos ou tóxico-infecciosos, e finalmente os estados demenciais, a demência senil e as demências secundárias" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470-471). Aduz Silva que "a primeira causa de inimputabilidade mencionada no artigo é a doença mental. À expressão deve ser atribuído o mais amplo sentido, abrangendo, além de outras causas, sobretudo as psicoses, aí incluída a esquizofrenia, como a mais significativa causa de inimputabilidade no âmbito do caput do art. 26 do CP. De especial relevância também estão [...] as demências, tais como a demência senil, Alzheimer, etc." (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 55). "A expressão doença mental deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, psicose alcoólica, paranoia, epilepsia, demência senil, etc.",

Assim sendo, é imperativo que atribuamos à expressão o mais amplo sentido possível[116], embarcando nesta tanto as doenças "do cérebro", tais como tumor cerebral, esclerose múltipla, neurossífilis, etc; quanto as doenças "da mente", tais como esquizofrenia, psicoses, demência senil (ou transtornos neurocognitivos maiores), bem como outros diversos transtornos mentais trazidos pelo DSM-5[117], sob o risco de aplicarmos analogia *in malam partem,* e consequentemente violar

afirma QUEIROZ, Paulo. *Direito penal:* parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 366-367. "A expressão inclui as moléstias mentais de qualquer origem, com fatores biopsicológicos (como a psicose maníaco-depressiva, a paranoia, a esquizofrenia, a epilepsia, além dos fronteiriços, bem como em razão de enfermidades pré-senis, v.g., o Alzheimer, ou senis)", complementa DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 105. Aponte-se que esses autores também incluem os "transtornos mentais" ao abordar os requisitos do art. 26, *caput*, do CP. Em via contrária, Reale Jr. entende que a definição de doença mental deve estar adstrita a causalidades biológicas. "Se o texto legal menciona doença mental, a Exposição de Motivos refere-se à enfermidade mental, termo este mais amplo que engloba, conforme Spirolazzi, tanto as doenças mentais próprias, as psicoses, formas morbosas de base biológica, como as psicopatias. Explica Spirolazzi que a doença mental tem uma base biológica, sendo enfermidades somáticas, não havendo doenças exclusivamente mentais, pois sempre devem ser consequência de processos morbosos somáticos. São, assim, doenças mentais as alterações orgânicas graves como paralisia progressiva, demência senil, bem como a esquizofrenia e a psicose maníaco-depressiva e algumas formas de oligofrenia, que também apresentam um substrato somático" (REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I. p. 209-210).

116. Ademais, embarcando em questões acerca da filosofia da mente, pouco ainda se sabe sobre a relação entre mente e cérebro. Caso se adotasse aqui a cisão entre ambos, proveniente da filosofia dualista cartesiana, algumas perguntas passariam sem resposta. Como bem questiona Costa (COSTA, Cláudio Ferreira da. *Filosofia da Mente*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 18): "[...] Como explicar o efeito de drogas e medicamentos na mente? Como explicar que uma doença como a de Alzheimer, que reduz o cérebro até um terço do seu tamanho, tenha efeitos tão devastadores sobre a atividade mental? Como explicar, em suma, o papel do cérebro? O que tais objeções revelam é que o dualismo não se integra à nossa crescente imagem científica do mundo, sendo isso que mais parece fadá-lo ao ostracismo". Ainda que a Neurociência, em seu estágio atual, não tenha respostas mais definitivas acerca da relação entre cérebro e mente, seus estudos apontam para uma correlação entre ambos, tendo em vista a existência de bases neuronais do pensamento, da percepção, da compreensão, do comportamento, da emoção e do juízo.

117. Inclusive, é fundamental que qualquer abordagem acerca da inimputabilidade penal tenha o DSM-5 como principal referencial, não podendo a prática jurídica ficar dissociada da versão mais atualizada do principal guia para profissionais da área da saúde mental.

o princípio constitucional do *in dubio pro reo,* que rege todo o âmbito de nosso sistema jurídico penal. Como bem disse Teixeira, "se há algum propósito na definição de doença mental, esse propósito será prático".[118]

4. Incidente de insanidade mental e incapacidade jurídico-penal no curso da execução da pena privativa de liberdade

Havendo dúvida acerca da higidez mental do acusado, a qual pode exsurgir tanto quanto ao seu estado à época do fato delituoso, como ao momento do regular andamento do processo[119], deverá ser instaurado o incidente de insanidade mental do acusado em autos apartados, o que é regulado pelos arts. 149 a 154 do Código de Processo Penal (CPP).

No Brasil, o exame da verificação da incapacidade penal é realizado por médicos psiquiatras e pelo psicodiagnóstico jurídico como ferramenta complementar à perícia. A perícia psiquiátrica engloba o exame psiquiátrico (direto e indireto), a história pessoal e familiar, o exame clínico, psicopatológico e a avaliação psicológica feita por psicólogo, no intuito de complementar a atuação do perito psiquiatra, não podendo assumir a responsabilidade da perícia como um todo.[120]

Só depois de exarado o laudo, serão esses autos anexados ao processo principal. Caberá ao juiz, de ofício[121] ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, deferir sua instauração. O mero requerimento, contudo, não vincula o magistrado, mas não

118. TEIXEIRA, João Marques. É necessária uma definição precisa de doença mental? *Revista Saúde Mental*, [s.l.], v. 11, n. 6, p. 07-10, dez. 2009. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/62009/2/86674.PDF]. Acesso em: 23.09.2018.

119. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. único. p. 1587.

120. ASSIS, Cleber Lizardo; SILVA, Leila Gracieli da. Inimputabilidade penal e a atuação do psicólogo jurídico como perito. *Revista Direito em Debate*, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 22, n. 39, p. 122-143, jun. 2013.

121. Ainda que o CPP, em seu art. 149, *caput*, anteveja a possibilidade de instauração do incidente *ex officio*, o principal interessado segue sendo a defesa, que pode se contrapor à sua realização. Nesse sentido, julgado do STF, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia (BRASIL. STF. Acórdão em HC 133.078/RJ, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJE* 22.09.2016): "O incidente de insanidade mental, que subsidiará o juiz na decisão sobre a culpabilidade ou não do réu, é prova pericial constituída em favor da defesa, não sendo possível determiná-la compulsoriamente quando a defesa se opõe." (HC 133.078/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 06.09.2016, Segunda Turma, *DJE* de 22.09.2016.)

deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não houver elemento algum que revele dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado ou outras circunstâncias despidas de qualquer comprovação. Conquanto o art. 149, *caput*, do CPP mencione a instauração do incidente em havendo "dúvida sobre a integridade mental do acusado", encontra-se na jurisprudência dos tribunais superiores a valoração da referida dúvida para que ela seja "relevante", para que então esteja o juiz vinculado a determinar seu cumprimento.[122] Tal interpretação demonstra difícil harmonia com o sistema acusatório que deveria regular o processo penal brasileiro, ainda mais ao se verificar o uso da aludida valoração para afastar alegações de nulidade, por parte da defesa, nos casos em que há indeferimento do pedido de instauração do incidente de insanidade mental.

Sendo deferido o incidente, deverá o juiz nomear curador ao acusado, que será submetido a exame médico-legal. É possível o exame também na fase de inquérito, mediante representação de autoridade policial. A instauração do incidente suspende o curso do processo até o fim da perícia, se já iniciada a ação penal (art. 149, § 2º), com exceção das diligências que possam ser prejudicadas em razão do adiamento; se deferido no curso do inquérito policial, não há suspensão.[123] Estando o acusado preso, deverá ser internado em hospital psiquiátrico-forense adequado a este fim. Estando solto, e a requerimento dos peritos, será internado em estabelecimento adequado designado pelo juiz. Todavia, o exame de insanidade mental não deve durar mais que 45 dias, salvo pedido fundamentado pelos peritos, cabendo ao juiz analisar a necessidade de eventual dilação do prazo, se for o caso. Não há previsão de recurso contra a decisão de deferimento/indeferimento ao pedido de instauração do incidente, mas havendo elementos probatórios acerca da "insanidade mental" do acusado, é cabível a impetração de *habeas corpus*.[124]

---

122. BRASIL. STF. Acórdão em HC 102.936, Rel. Min. Luiz Fux, *DJE* 28.04.2011. Nesse sentido, aliás, diante da dúvida da imputabilidade e da omissão judicial, já se reconheceu a nulidade da sentença e determinação da realização do exame insanidade mental de réu que, segundo atestado médico, "era portador de Síndrome Depressiva Apática, apresentando distúrbios de memória de fixação, além de outras alterações psíquicas e sintomas que evidenciam quadro de Demência na Doença de Alzheimer; e quando, "após a realização do exame denominado Cintilografia de Perfusão Cerebral (SPECT), foram evidenciados os sinais cintilográficos classicamente encontrados na doença de Alzheimer". V. BRASIL.TJSP. Acórdão em Apelação Criminal 0004245-50.2012.8.26.0320, Rel. Des. Miguel Marques e Silva, *DJE* 30.07.2015.

123. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 352.

124. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 354. Regulando o tema, há julgado do STF, de relatoria do Ministro Luiz Fux (BRASIL. STF.

Caso se conclua que a condição de inimputabilidade do acusado decorria desde situação anterior ao cometimento do delito[125], o processo seguirá seu curso regular com presença do curador designado pelo magistrado e, estando o juiz convencido de que o agente inimputável praticou conduta típica e ilícita, consequente aplicação de medida de segurança por meio de sentença absolutória imprópria (CPP, art. 386, parágrafo único, III). Se, porém, for constatado que eventual doença mental sobreveio à infração, o processo seguirá suspenso até que o autor do fato se restabeleça (art. 152 do CPP). Se decursivo ao curso da execução da pena, haverá internação em manicômio judiciário ou outro estabelecimento adequado, conforme art. 154 do CPP c/c art. 108 da Lei de Execução Penal (LEP).

O laudo pericial é de substancial importância no desenvolvimento e resultado desse incidente. Os elementos de fato são passíveis de sujeição aos critérios de verificabilidade e de falseabilidade, por meio de métodos empíricos, mas os aspectos valorativos, que existem em toda questão jurídica, são insuscetíveis a esse tipo de controle. Por esse motivo, a atuação do perito deve se dar em absoluta conformidade com os padrões técnicos exigidos para um diagnóstico preciso, podendo, assim, convencer o juiz, leigo na matéria trazida para investigação, acerca da decisão mais correta a ser tomada.

Assim, não basta que o perito conclua em laudo acerca da inimputabilidade ou não do acusado, devendo haver exauriente justificativa técnica acerca de suas

---

Acórdão em HC 102.936/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *DJE* 28.04.2011): "O incidente de insanidade mental não pode ser objeto de determinação de instauração na via estreita do habeas corpus, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia. [...] a instauração do incidente de insanidade mental exige: a) a presença de dúvida razoável a respeito da imputabilidade penal do acusado em virtude de doença ou deficiência mental; b) faz-se mister a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento; c) o mero requerimento do exame não é suficiente para seu deferimento." (HC 102.936/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 05.04.2011, Primeira Turma, *DJE* de 28.04.2011).

125. Lopes Jr. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 631) tece crítica ao *timing* da perícia, a qual deverá revelar a condição mental de um indivíduo no passado. Atesta o autor que o "inconveniente decorre desta 'perícia' para demonstrar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pelos riscos inerentes às avaliações psicológicas e, o mais grave, ao caráter retroativo com que é feita. Ou seja, os peritos dirão, hoje, se ao tempo da ação ou omissão o agente era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é aferir isso no estado psíquico atual, mas no passado, quando da prática do crime, o que constitui um imenso espaço impróprio para subjetividade do avaliador e, portanto, um grave risco".

conclusões, conforme art. 160 do CPP, expondo os motivos de seu diagnóstico e os dados colhidos durante a perícia, explicando porque o acusado é passível de responsabilização acerca de seus atos.[126] Como bem afirma Bento de Faria, "a verificação e apreciação do fato sujeito ao seu exame não é uma simples afirmação, mas uma explicação segundo os princípios da ciência; não é um mero testemunho, mas um parecer, um juízo motivado".[127] Em eventual não acuracidade do laudo, poderá o juiz determinar sua complementação, conforme art. 181 do CPP. O laudo também deverá apresentar detalhadamente o nexo causal entre a condição mental do acusado e o delito que lhe é imputado. Tal situação é ainda mais importante em se tratando de práticas de mais de um crime, devendo a perícia psiquiátrica informar a condição mental do acusado por ocasião de cada delito que lhe é atribuído.

As regras da perícia seguirão o art. 159 do CPP, que estabelece que a perícia será realizada por perito oficial, portador de diploma de ensino superior. Não havendo perito oficial, o exame médico-legal será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior relacionado com a natureza do exame a ser realizado. Às partes caberá a formulação de quesitos e indicação de assistentes técnicos. Por fim, eventual resultado da perícia não vincula a decisão do juiz, o perito dos peritos (*iudex peritum peritorum*), o qual pode recusar as conclusões periciais, contanto que fundamente sua decisão.[128] Contudo, não se trata de tarefa fácil, haja vista a exiguidade de suporte técnico-científico para que consiga sustentar a adoção de outra linha de pensamento que julgue mais adequada à sua livre convicção.[129]

Já no que se refere à incapacidade mental, preceitua o art. 183 da LEP que

> "quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança".

126. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 355.

127. FARIA, Antônio Bento de. *Código de processo penal:* dec-lei n.3689 de 3 de outubro de 1941. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 207-208.

128. TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 561.

129. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 224.

No mesmo sentido, segue o art. 682 do CPP, o qual atribui à perícia médica o dever de constatar a doença mental que afete o sentenciado determinando sua custódia quando acometido da referida enfermidade.

Por outro lado, o art. 41 do código penal afirma que "ao condenado que sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado". Percebe-se que o referido dispositivo não trata da substituição da pena privativa pela medida de segurança, abrindo espaço ao entendimento doutrinário acerca da transferência temporária do sentenciado pelo tempo suficiente à sua cura. Tratar-se-ia de providência provisória, visando a sua cura, retornando esse ao cumprimento da pena assim que recuperado. Em se tratando de doença duradoura, a substituição da pena pela medida de segurança é obrigação definida em lei, devendo o magistrado aplicá-la.[130]

Outra possibilidade encontrada nesses casos, em pungente consonância com a Lei da Reforma Psiquiátrica, para os casos de semi-imputabilidade, é de substituição do cárcere pela prisão domiciliar, visto que as doenças mentais também se encaixam no conceito de "doença grave" trazida no art. 1º, II, da LEP, dispositivo que enumera as condições para que se determine o recolhimento do agente infrator à sua residência. Conquanto o referido artigo trate do benefício apenas para os que se encontram em regime aberto, precedentes dos tribunais apontam para a possibilidade da concessão em casos excepcionais, como em hipóteses nas quais o sentenciado está acometido de doença grave e o estabelecimento prisional não apresenta as condições necessárias para o seu tratamento.[131]

---

130. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Disponível em: [https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/manual-do-direito-penal-guilherme-nucci.pdf>]. Acesso em: 25.09.2018.

131. Este vem sendo o entendimento do STJ (BRASIL. STJ. Acórdão em HC 345.803/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJE* 10.05.2016): "Execução penal. Habeas corpus substituto de recurso próprio. Não cabimento. Prisão domiciliar em razão de doença grave. Assistência médica. Omissão do Estado. Constrangimento ilegal verificado. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. *O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento do tratamento adequado no estabelecimento prisional. (Precedentes.)* 3. No caso dos autos, a prisão domiciliar foi deferida ao paciente pelo Juízo da execução, "considerando o teor

A 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de Agravo de Execução, no ano de 2017, decidiu pela possibilidade de concessão da prisão domiciliar em caso no qual o agravante requereu o benefício por estar acometido de doença de Alzheimer ainda em estágio inicial:

> "Agravo em execução penal. Prisão domiciliar. Reeducando com doença grave. Mal de Alzheimer. Regime fechado. Possibilidade. Demonstrado que o agravante encontra-se acometido de doença grave, impossibilitado de receber o tratamento médico adequado no estabelecimento prisional, a excepcionalidade da situação permite a concessão da prisão domiciliar, ainda que se encontre em regime fechado. Precedente. *Os relatórios e laudos juntados aos autos, tanto de médicos particulares, quanto de médicos do Estado (fls. 95/96, 116/131, 148/148, 169/171 e 206/209), são todos conclusivos no sentido de que o sentenciado tem diagnóstico de Doença de Alzheimer, em estágio inicial.* Lado outro, o relatório firmado pela Sra. Diretora Técnica de Saúde do Centro de Reintegração Social e Atendimento à Saúde da Penitenciária Orlando Brando Filinto de Iaras informou que diante da complexidade do tratamento esperado do quadro clínico para o momento, "não possui quadro de especialistas, estrutura física e equipamentos específicos que possam atender os requisitos do mencionado pleito". *Com base em tais situações, entendo que assiste razão ao agravante, pois, o Alzheimer é doença grave e necessita de acompanhamento especial para tratamento,* como bem salientou o douto Procurador de Justiça em seu parecer. Sendo assim, o agravante atende ao requisito previsto no inciso II do artigo 117 da LEP. Agravo provido." (TJSP. Agravo de Execução Penal 0007313-41.2017.8.26.0026; Relator (a): Marcos Correa; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda – 3ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 05.10.2017; Data de Registro: 06.10.2017) (grifo nosso).[132]

Percebe-se que tal entendimento vai ao encontro do caráter humanitário definidor da Constituição Federal, bem como da política de desinstitucionalização promovido pela Lei da Reforma Psiquiátrica, visto que possibilita o convívio

dos laudos médicos carreados aos autos, bem como a manifestação favorável do MP, estando presentes as condições previstas no artigo 117, II, da LEP". 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão que concedeu ao paciente prisão domiciliar, salvo se, por outro motivo, estiver preso". (HC 345.803/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 03.05.2016, *DJe* 10.05.2016) (grifo nosso).

132. BRASIL. TJSP. Acórdão em Agravo de Execução Penal 0007313-41.2017.8.26.0026, Rel. Des. Marcos Correa, *DJE* 05.10.2017.

do sentenciado acometido de doença mental grave com seus familiares e cuidadores, além de fugir da aplicação de uma medida que, por falhas institucionais, muitas vezes peca no caráter curativo que deveria ter. Ademais, ao tratarmos dos presídios brasileiros, a regra geral é que esses apresentem condições de insalubridade e não ofereçam tratamento adequado aos seus detentos idosos.[133]

5. Inimputabilidade e semi-imputabilidade decorrentes da doença de Alzheimer

Conforme lição de Bruno, a "imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível", ou seja, "uma determinada situação mental, que permite ao agente o exato conhecimento do fato, dando-lhe capacidade para sofrer a imputação jurídica do seu comportamento".[134] A capacidade penal, como define Carneluti, é a idoneidade para ser sujeito de situações jurídico-penais.[135] Por conseguinte, essa capacidade possui dois aspectos: *cognoscitivo* ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e *volitivo* ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão).[136] A inimputabilidade, portanto, gera uma incapacidade penal absoluta, enquanto a semi-imputabilidade uma incapacidade penal relativa do agente, dependendo se o agente, por doença mental ou perturbação de saúde mental, era, ao tempo da conduta, inteiramente ou parcialmente capaz de entender o caráter ilícito e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A partir da conceituação de doença mental, embarcando aí a existência de fatores causais de tipo biológico e/ou psicológico, como expressão *lato sensu,* traduzindo-se em "doença do cérebro" ou "transtorno mental", não haverá celeuma na acepção da doença de Alzheimer como ensejadora das hipóteses de inimputabilidade e semi-imputabilidade previstas no art. 26 e parágrafo único do CP.[137]

---

133. GHIGGI, Marina Portella. *O idoso encarcerado:* considerações criminológicas. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 73.

134. BRUNO, Aníbal. *Direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II. p. 32-39.

135. CARNELUTTI, Francesco. *Lições de direito penal:* o delito. São Paulo: Péritas, 2002. p. 82.

136. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. I. p. 271.

137. Ressaltando-se que o critério "perturbação da saúde mental" para aferição da semi-imputabilidade engloba as "doenças mentais", pois perturbação da saúde mental e doença

Conceitualmente, o correto, ao tratarmos da doença de Alzheimer, é defini-la como uma doença do cérebro, ou doença neurodegenerativa, da qual, entre seus sintomas, podem decorrer declínios constantes de funções cognitivas e memória.[138] Seu caráter de doença se evidencia pelos seus efeitos, anteriormente citados, no cérebro humano, tais como a perda de sinapses e neurônios em decorrência das placas senis e dos emaranhados neurofibrilares, bem como a atrofia cerebral. A existência de fatores causais de tipo biológico para a constituição do que se entende por doença de Alzheimer, assim como os sintomas decorrentes de tais fatores, alicerçam esse entendimento.

O alcance da deterioração do domínio cognitivo, bem como do distúrbio progressivo da memória, em caráter degenerativo e progressivo, resulta naquilo que a medicina entende por demência, vista no DSM-5 como uma espécie de Transtorno Neurocognitivo, constituindo-se, portanto, como um "transtorno mental". Ou seja, a demência se resultará da doença de Alzheimer, de modo que a referida doença adentraria as hipóteses do art. 26 do CP de forma ambivalente, tanto por meio de seus efeitos biológicos, quanto por suas consequências no campo mental, já que "a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objetivas de sentido da atuação do agente, de tal modo que os atos deste podem porventura ser 'explicados', mas não podem ser 'compreendidos' como fatos de uma pessoa ou de uma personalidade".[139]

Doenças neurodegenerativas podem causar disfunções nas estruturas neuronais envolvidas na capacidade de julgamento, comportamento sexual, violência,

---

mental não são sinônimas. Hungria e Fragoso, ao abordar a similaridade dos institutos em questão, apontam que "se toda doença mental é uma perturbação da saúde mental, a recíproca não é verdadeira: nem toda perturbação da saúde mental constitui uma nítida, característica doença mental" (HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentário ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 337). Em sentido similar, Gomes afirma que "com a expressão perturbação da saúde mental, o Código quis se referir a outras formas de insanidade mental, que se distinguem da doença mental e do desenvolvimento retardado ou incompleto: as chamadas personalidades psicopáticas ou semiloucos" (GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 2003. p. 323).

138. COELHO, Gilson Gomes; TEIXEIRA, Patrícia Santos; NOVAK, Juliani Cristina. Os impactos na saúde do cuidador familiar de pessoas com doença de Alzheimer: uma revisão bibliográfica. *Revista Ciência e Estudos Acadêmicos de Medicina*, Universidade do Estado de Mato Grosso, n. 3, p. 57-71, jan.-jul. 2015.

139. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Coimbra; São Paulo: Coimbra Ed.; Ed. RT, 2007. t. I.

autocontrole, além das funções executivas e emocionais. Tais *deficit* podem resultar em comportamentos antissociais e classificados como crime em nosso ordenamento jurídico.[140]

Conforme averiguado anteriormente, a doença de Alzheimer apresentará estágios degenerativos, dos quais irá se extrair o nível de prejuízo das funções neuropsicológicas do indivíduo. De acordo com essa graduação é que poderá se enquadrar o agente praticante de um fato típico penal, acometido da referida doença, como imputável, inimputável ou semi-imputável, conforme o caso concreto.

Por exemplo, no estágio leve da doença, em fase inicial, os principais sintomas encontrados são perda de memória episódica e grande dificuldade de aprendizagem de novos eventos. Dificilmente encontraremos nesses casos uma inteira incapacidade de compreensão do caráter ilícito de eventual fato criminoso cometido, ou afetação absoluta na capacidade autodeterminação, visto que não há compatibilidade entre a sintomatologia e as condicionantes trazidas pela lei penal.

É a partir do estágio intermediário, em que funções neuropsicológicas e cognitivas superiores começarão a ser afetadas, com manifestações de alterações de comportamento e de personalidade, que passaremos a encontrar afetações no campo cognoscitivo[141], um dos caracterizantes das formas de incapacidade penal aqui estudadas, tanto em sua forma plena, quanto em sua forma reduzida.

Assim, caberá à perícia psiquiátrica, em conformidade com os critérios trazidos pela Academia Brasileira de Neurologia, por meio de anamnese, avaliação cognitiva, avaliação neuropsicológica (se necessário), bem como exames de imagem, tais como tomografia de crânio ou ressonância magnética do crânio,

140. LILJEGREN, Madeleine et al. Criminal behavior in frontotemporal dementia and Alzheimer disease. *JAMA Neurol*, [s.l.], v. 72, n. 3, p. 295-300, mar. 2015.

141. Prejuízos no aspecto volitivo são mais encontrados, via de regra, nas monomanias, *v.g.*, a cleptomania. O cleptomaníaco pode vir a ter total compreensão do caráter ilícito do fato, mas, em decorrência de sua patologia, não consegue agir de outra forma. No mesmo sentido, conforme apontamento de Souza e Poll (SOUZA, Aline Pires de; POLL, Roberta Eggert. O incidente de insanidade mental: da razoável dúvida acerca da integridade mental do acusado sob uma perspectiva criminológica. In: DO AMARAL, Augusto Jobim et al. *Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais* [recurso eletrônico]: Criminologia global, v. 3, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 227-242.) "os denominados delitos psicopáticos, quando analisados *per se*, demonstram que em tais casos criminosos, a capacidade de entender do agente está razoavelmente preservada, enquanto a capacidade de querer encontra-se grandemente alterada".

proceder ao diagnóstico da doença de Alzheimer e a profundidade de suas afetações mentais em um indivíduo. O psicodiagnóstico, realizado pelo profissional psicólogo, incluirá o estudo dos autos processuais, entrevista psicológica, aplicação de testes psicológicos, bem como o estudo dos quesitos das hipóteses médico-legais diagnosticadas.[142]

Auxiliando o magistrado na sua função de defini-lo, fundamentadamente, como jurídico-penalmente capaz (imputável) ou incapaz (em grau absoluto, inimputável, e em grau reduzido, semi-imputável), quando no exame de sua culpabilidade, o incidente de insanidade mental deve ser tomado como regra em havendo dúvida acerca da higidez mental do acusado, sob pena de nulidade da decisão judicial.

Expor um paciente de Alzheimer em estágio severo de deficiência neuropsicológica a responder processo criminal na sua integralidade, com risco de aplicação de pena privativa de liberdade, acarretaria cerceamento de defesa e violação do devido processo legal. Pessoas com demência em estágio avançado não podem dar instruções aos seus defensores, nem mesmo combinar estratégias de defesa, como a existência de um álibi ou de alguma excludente de ilicitude. Aqui, deve pautar a atuação do órgão ministerial sua função *ombudsman* de fiscal da lei em nosso ordenamento jurídico[143], como ocorre no âmbito civil, bem como do magistrado, devendo instaurá-lo de ofício nessas situações e, por óbvio, da Defensoria Pública.

Por fim, a consequência jurídica aplicada a tais indivíduos deve estar pautada pelo cuidado maior, visto que ao tratarmos de pacientes da doença de Alzheimer, é muito provável que o agente, além de acometido de uma patologia que pode vir a afetar gravemente sua higidez mental, encontre-se na terceira idade, de modo que a tutela estatal encontra guarida tanto na Constituição quanto no Estatuto

142. ASSIS, Cleber Lizardo; SILVA, Leila Gracieli da. Inimputabilidade penal e a atuação do psicólogo jurídico como Perito. *Revista Direito em Debate,* Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 22, n. 39, p. 122-143, jun. 2013. Vale referir que na jurisprudência já foi expressamente reconhecida a inimputabilidade de pessoa octogenária acometida da doença de Alzheimer: BRASIL, TJSP. Acórdão em Apelação Criminal 0000094-36.2015.8.26.0223, Rel. Des. César Augusto Andrade de Castro, *DJE* 23.03.2017.

143. A função do Ministério Público aqui também é alicerçada pelo art. 74, VII, do Estatuto do Idoso, dispositivo esse que determina competir ao Ministério Público "zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis".

do Idoso. Por tal motivo, a opção do magistrado na aplicação de medida de segurança, via de regra, deve ser pelo tratamento ambulatorial, se dando a internação em hospital de custódia como última opção, afinal, se o fundamento da medida de segurança é a periculosidade do agente, não é cabível a internação de agentes cuja periculosidade não deve tardar a cessar. Quanto aos semi-imputáveis, se aplicada pena, deve-se verificar a possibilidade de substituição do encarceramento pela prisão domiciliar, tendo em vista a necessidade de cuidado por terceiros (cuidadores) aos que sofrem de Alzheimer.

6. Conclusão

Diante das considerações realizadas, verificou-se que a doença de Alzheimer, enquanto doença degenerativa e progressiva do cérebro, cujas afetações podem vir a acarretar graves deficiências na higidez mental de um indivíduo, insere-se nas hipóteses de inimputabilidade e semi-imputabilidade estabelecidas pelo legislador penal.

As expressões trazidas como determinantes biológicas para que se possa reconhecer tais estados, quais sejam "doença mental" e "perturbação da saúde mental", são datadas da publicação do Código Penal em 1940, de modo que sua interpretação deve ser feita em conformidade com as compreensões psiquiátricas e psicológicas atuais e da forma mais ampla que nosso ordenamento jurídico possibilite, sob risco de ser aplicada analogia *in malam partem* a uma parcela da população cuja necessidade de proteção maior do Estado é reconhecida na lei e na Constituição.

Nesse sentido, constatou-se que não apenas o direito penal em seu aspecto material deve estar em sintonia com os avanços e estudos acerca das patologias mentais, mas também o processo penal apresentará reflexos e terá demandas a enfrentar. Assim, a perícia, enquanto auxílio fundamental ao magistrado em decisões que muitas vezes ultrapassam sua esfera de conhecimento, precisa ser condizente com critérios diagnósticos já parametrizados pelas instituições científicas mais abalizadas. A decretação de medidas de segurança deve observar a tendência de não institucionalização do indivíduo acometido de transtorno mental, buscando aproximá-lo de sua família e dos cuidados necessários para sua saúde. Por fim, a atuação dos órgãos do Estado em sentido lato, por meio dos principais atores da ação penal, quais sejam, o juiz, o Ministério Público e a Defensoria Pública, devem estar atentos à tutela de indivíduos que muitas vezes figuram não tão somente como acometidos de doença mental, mas também como idosos, ampliando-se, portanto, o espectro de proteção necessário.

A doença de Alzheimer, além de progressiva, não tem cura e nem causas evidenciadas pela comunidade científica, de modo que o declínio completo das funções cognitivas de um paciente, se não morrer antes, é uma consequência certa, na medida em que a doença de desenvolve. Assim, é fundamental compreender-se que, ao tratar de agentes acometidos da doença que tenham cometido ato típico e ilícito previsto em nosso ordenamento, estamos ao mesmo tempo falando de sujeitos cuja periculosidade tem prazo de validade bem curto e cujos cuidados necessários implicam a convivência com terceiros engajados e responsáveis pelo tratamento adequado e zelo diário.

A inversão da pirâmide etária é uma realidade e um futuro já diagnosticados, de modo que o direito penal deve estar preparado para responder às demandas societárias iminentes. Desse modo, cabem à doutrina e à jurisprudência desde logo marcarem posição e buscarem o diálogo extrajurídico essencial para questões que o direito (penal), sem o auxílio das diversas áreas do conhecimento científico, não tem condições de encarar.

7. Referências

ALMEIDA, Osvaldo P. Biologia molecular da doença de Alzheimer: uma luz no fim do túnel? *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 77-81, mar. 1997.

ALZHEIMER ASSOCIATION. 2016 Alzheimer's Disease Facts and Figures. *Alzheimer's & Dementia 2016*, [S.I.], v. 12, n. 4, p. 01-80, 2016.

ALLEGRI, Ricardo et al. Perfis Diferenciais de Perda de Memória entre a Demência Frontotemporal e a do Tipo Alzheimer. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, n. 142, p. 317-324, 2001.

AMERICAN PSYCHIATRY ASSOCIATION. *DSM-5 – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais*. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARAÚJO, Claudia Lysia; NICOLI, Juliana Silva. Uma revisão bibliográfica das principais demências que acometem a população brasileira. *Revista Kairós Gerontologia*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 231-244, jun. 2010.

ASSIS, Cleber Lizardo; SILVA, Leila Gracieli da. Inimputabilidade penal e a atuação do psicólogo jurídico como perito. *Revista Direito em Debate*, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 22, n. 39, p. 122-143, jun. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BADARÓ, Ramagem. *Da imputabilidade e responsabilidade na sistemática penal*. Rio de Janeiro: Estabelecimentos Gráficos Borsoi, S.A, 1970.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BROOKMEYER, Ron, GRAY, Sarah, KAWAS, Claudia. Projections of Alzheimer's Disease in the United States and the Public Health Impact of Delaying Disease Onset. *Am J Public Health*, [S.I.], n. 88, p. 1337-1342, 1998.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. II.

CAPONI, Sandra. O DSM-V como dispositivo de segurança. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 741-763, set. 2014. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103- 73312014000300741&lng=en&nrm=isso]. Acesso em: 23.09.2018.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições de direito penal:* o delito. São Paulo: Péritas, 2002.

CASTELO BRANCO, Thayara. *A (des) legitimação das medidas de segurança no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

COELHO, Gilson Gomes; TEIXEIRA, Patrícia Santos; NOVAK, Juliani Cristina. Os impactos na saúde do cuidador familiar de pessoas com doença de Alzheimer: uma revisão bibliográfica. *Revista Ciência e Estudos Acadêmicos de Medicina,* Universidade do Estado de Mato Grosso, n. 3, p. 57-71, jan.-jul. 2015.

COSTA, Cláudio Ferreira da. *Filosofia da mente*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

DALY, Mel. *20 problemas + comuns em geriatria*. Trad. Adelman, A.M.; Fioravanti I. Rio de Janeiro: Revinter, 2002. (Original: 20 common problems in Geriatrics).

DELMANTO, Celso et.al. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ENGELHARDT, Eliasz; GOMES, Marleide da Mota. Alzheimer's 100th anniversary of death and his contribution to a better understanding of Senile dementia. *Arq. Neuro-Psiquiatr.*, São Paulo, v. 73, n. 2, p. 159-162, Feb. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-82X2015000200159&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 21.08.2018.

FARIA, Antônio Bento de. *Código de processo penal:* dec.-lei n.3.689 de 3 de outubro de 1941. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960.

FARRER, Lindsay A.; CUPPLES, L. Adrienne; HAINES, Jonathan L.; HYMAN, Bradley; KUKULL, Walter A.; MAYEUX, Richard; MYERS, Richard H.; PERICAK-VANCE, Margaret A.; RISCH, Neil; VAN DUIJN, Cornelia M. Effects of age, sex, and ethnicity on the association between apolipoprotein E genotype and Alzheimer disease. A meta-analysis. APOE and Alzheimer Disease Meta Analysis Consortium. *JAMA*, [S.I.], v. 278, n. 16, p. 1349-1356, oct. 1997.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal:* a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Coimbra; São Paulo: Coimbra Ed.; Ed. RT, 2007. t. I.

FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Clínica psiquiátrica de bolso*. Barueri: Manole, 2014.

FORLENZA, Orestes Vicente; MIGUEL, Eurípedes Constantino. *Compêndio de psiquiatria clínica*. Barueri: Manole, 2012.

FORLENZA, Orestes Vicente. Tratamento farmacológico da doença de Alzheimer. *Rev. Psiquiatr. Clín.*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 137-148, jun. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832005000300006&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 30.08.2018.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Fundamentos da medicina legal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85- 277-2184-4/cfi/380!/4/2@100:0.00]. Acesso em: 24.09.2018.

FRANCES, Allen. *Fundamentos do diagnóstico psiquiátrico:* respondendo às mudanças do DSM-5. Porto Alegre: Artmed, 2015.

FROTA, Norberto Anízio Ferreira et al. Critérios para o diagnóstico de doença de Alzheimer: Recomendações do Departamento Científico de Neurologia Cognitiva e do Envelhecimento da Academia Brasileira de Neurologia. *Dementia e Neuropsychologia,* São Paulo, v. 5, n. 3, p. 146-152, 2011.

G1. *1 em cada 4 brasileiros terá mais de 65 anos em 2060, aponta IBGE*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/07/25/1-em-cada-4-brasileiros-tera-mais-de-65-anos-em-2060- aponta-ibge.ghtml]. Acesso em: 28.10.2018.

GALLUCCI NETO, José; TAMELINI, Melissa Garcia; FORLENZA, Orestes Vicente. Diagnóstico diferencial das demências. *Revista Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 32, n. 3, p. 119-130, jun. 2005. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101- 60832005000300004&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 03.09.2018.

GANGULI, M., BLACKER, D., BLAZER, D. G., GRANT, I., JESTE, D. V., PAULSEN, J. S. et al. The Neurocognitive Disorders Work Group of the American Psychiatric Association's (APA) DSM5 Task Force. Classification of Neurocognitive Disorders in DSM-5: A Work in Progress. *The American Journal of Geriatric Psychiatry: Official Journal of the American Association for Geriatric Psychiatry*, [S.I.], v. 19, n. 3, p. 205-210, 2011.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. t. 1.

GHIGGI, Marina Portella. O idoso encarcerado: considerações criminológicas. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

HERRERA, Emilio; CARAMELLI, Paulo; SILVEIRA, Ana Silvia; NITRINI, Ricardo. Epidemiologic Survey of Dementia in a Community-Dwelling Brazilian Population. *Alzheimer Disease and Associated Disorders*, Philadelphia, v. 16, n. 2, p. 103-108, 2002.

HERRERA JUNIOR, Emilio; CARAMELLI, Paulo; NITRINI, Ricardo. Estudo epidemiológico populacional de demência na cidade de Catanduva, estado de São Paulo, Brasil. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 70-73, 1997.

HIPPIUS, Hanns; NEUNDÖRFER, Gabriele. The discovery of Alzheimer's disease. *Dialogues in Clinical Neuroscience*, [S.I.], v. 5, n. 1, p. 101-108, 2003.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentário ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IBGE. *Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017*. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia- noticias/2012- agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18- em--5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html]. Acesso em: 17.08.2018.

IZQUIERDO, Ivan Antônio et al. *Envelhecimento, memória e doença de Alzheimer.* Porto Alegre: Edipucrs, 2015.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. *Manual de direito penal:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KENDELL, Robert Evan. The distinction between mental and physical illness. *The British Journal of Psychiatry, [S.I.], v. 178, n. 6*, p. 490-493, jan. 2001.

LEEMAN, J.; HARRELL, J. S.; FUNK, S. G. Building a research program focused on vulnerable people. *West. J. Nurs. Res.*, [S.I.], n. 24, p. 103-111, 2002.

LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da responsabilidade penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LILJEGREN, Madeleine et al. Criminal Behavior in Frontotemporal Dementia and Alzheimer Disease. *JAMA Neurol.*, [S.I.], v. 72, n. 3, p. 295-300, mar. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. único.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUZARDO, Adriana Remião; GORINI, Maria Isabel Pinto Coelho; SILVA, Ana Paula Scheffer Schell da. Características de idosos com doença de Alzheimer e seus cuidadores: uma série de casos em um serviço de neurogeriatria. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 15, n. 4, p. 587-594, dez. 2006.

MANSUR, Letícia Lessa; CARTHERY, Maria Teresa; CARAMELLI, Paulo; NITRINI, Ricardo. Linguagem e cognição na Doença de Alzheimer. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 18, n. 3, p. 300-307, dez. 2005.

MARINS, Aline Miranda da Fonseca; HANSEL, Cristina Gonçalves; DA SILVA, Jaqueline. Behavioral changes of elderly with Alzheimer's Disease and the burden of care for the caregiver. *Esc. Anna Nery*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 352-356, jun. 2016. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-81452016000200352&lng= en&nrm=iso]. Acesso em: 18.10.2018.

MCKHANN, G.; DRACHMAN, D.; FOLSTEIN, M.; KATZMAN, R.; PRICE, D.; STADLAN, E.M. Clinical diagnosis of Alzheimer's disease: report of the NINCDS-ADRDA Work Group under the auspices of Department of Health and Human Services Task Force on Alzheimer's Disease. *Neurology*, [S.I.], n. 34, p. 939-944, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NETO, Alfredo Cataldo et al. *Atualizações em geriatria e gerontologia VI:* envelhecimento e saúde mental. Porto Alegre: Edipucrs, 2016.

NETO, Alfredo Cataldo; GAUER, Gabriel José Chittó; FURTADO, Nina Rosa. *Psiquiatria para estudantes de medicina*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

NUCCI, Guilherme. *Código penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OKAMOTO, Ivan Hideyo; BERTOLUCCI, Paulo Henrique Ferreira. Exame neuropsicológico no diagnóstico diferencial das demências primárias. *Rev. Neurociências,* São Paulo, v. 6, n. 3, p. 119-125, 1998.

OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro Gomes Aranha de. *Transtorno mental e perda de liberdade*. São Paulo: Cremesp, 2013.

PARMERA, Jacy Bezerra; NITRINI, Ricardo. Demências: da investigação ao diagnóstico. *Revista de Medicina*, São Paulo, v. 94, n. 3, p. 179-184, dez. 2015.

PEREIRA, Adriane Miró Vianna Benke; SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; SCHWANKE, Carla Helena Augustin. Geriatria, uma especialidade centenária. *Scientia Medica,* Porto Alegre, v. 19, n. 4, p. 154-161, out.- dez. 2009.

PESSOA, Rebeca Mendes de Paula; FARIA, Stephanie Martins de; MORAIS, Daiene de. Da demência ao transtorno neurocognitivo maior: aspectos atuais. *Revista Ciências em Saúde,* Itajubá, v. 6, n. 4, 2016. Disponível em: [https://issuu.com/medicinaitajuba/docs/rcsfmitv6n4]. Acesso em: 23.09.2018.

PINTO, Renato Sousa et al. Doença de Alzheimer: Abordagem farmacoterapêutica. *Boletim Informativo Geum*, Teresina, v. 6, n. 1, p. 16, 2015.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PRADO, Alessandra Mascarenhas; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, ago. 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro:* parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. I.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal:* parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REALE JR. Miguel. *Instituições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.

ROESLER, Claudia Rosane; LAGE, Leonardo Almeida. A argumentação do STF e STJ acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, p. 347-389, set.-out. de 2013.

ROWLAND, Lewis P.; PEDLEY, Timothy A. *Merritt. Tratado de neurologia. 12. ed.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

SANTANA, Rosimere Ferreira et al. A formação da mensagem na comunicação entre cuidadores e idosos com demência. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 288-296, jun. 2008.

SILVA, Adriana; DAL PRÁ, Keli Regina. Envelhecimento populacional no Brasil: o lugar das famílias na proteção aos idosos. *Argumentum*, Vitória- ES, v. 6, n. 1, p. 99-115, jan.-jun. 2014.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZA, Aline Pires de; POLL, Roberta Eggert. O incidente de insanidade mental: da razoável dúvida acerca da integridade mental do acusado sob uma perspectiva criminológica. In: DO AMARAL, Augusto Jobim et al. *Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais* [recurso eletrônico]: Criminologia global, v. 3, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SZASZ, Thomas Stephen. *O mito da doença mental*. São Paulo: Círculo do Livro, 1974.

TEIXEIRA, Jane Blanco et al. Doença de Alzheimer: estudo da mortalidade no Brasil, 2000-2009. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 4, p. 850-860, 2015.

TEIXEIRA, João Marques. Inimputabilidade e imputabilidade diminuída: considerações sobre a aplicabilidade destas noções em Psiquiatria Forense (I). *Revista Saúde Mental*, [S.I.], v. 8, n. 4, p. 07-10, 2006.

TEIXEIRA, João Marques. É necessária uma definição precisa de doença mental? *Revista Saúde Mental*, [S.I.], v. 11, n. 6, p. 07-10, dez. 2009. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/62009/2/86674.PDF]. Acesso em: 23.09.2018.

TERRA, Newton Luiz et al. *Temas de geriatria e gerontologia preventivas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2017.

TRENTINI, Clarissa Marceli; GONÇALVES, Marcia Toralles Avila. Os métodos de investigação na pesquisa junto a cuidadores de idosos com a doença de Alzheimer. *Psico*, Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 308-318, 2009.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). *World Population Ageing 2017 – Highlights* (ST/ESA/SER.A/397). Disponível em: [www.un.org/en/development/desa/population/publications/pdf/ageing/WPA2017_Highlights.pdf]. Acesso em: 17.08.2018.

XIMENES, Maria et al. Doença de Alzheimer: a dependência e o cuidado. *Revista Kairós Gerontologia,* São Paulo, v. 17, n. 2, p. 121-140, 2014.

XIMENES, Maria. Doença de Alzheimer: o cuidado no diagnóstico. *Revista Portal de Divulgação*, [S.I.], v. 41, n. 1998, p. 52-56, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A dignidade da pessoa humana e o portador de mal de alzheimer em situação de interdição: um estudo de caso, de Márcia Haydée Porto de Carvalho e Artenira da Silva e Silva Sauaia – *RDPriv* 61/85-104 (DTR\2015\2332); e
- Curatela do idoso e do portador de deficiência adquirida na ordem brasileira, de Micaela Barros Barcelos Fernandes – *RT* 999/239-263 (DTR\2018\22787).

Teoria da cegueira deliberada e os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro

Willful blindness doctrine and the limits of subjective accountability in Brazilian criminal law

Fábio Agne Fayet

Professor de Direito e Processo Penal do Curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha. Caxias do Sul/RS. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra/Portugal). Advogado Criminalista. ORCID: 0000-0002-3673-4538. prof.fabio@fayet.adv.br

Andersson Vieira Carvalho

Mestrando em Ciências Criminais (PUC/RS). Advogado Criminalista. ORCID: 0000-0002-5545-9666. andersson@fayet.adv.br

Recebido em: 23.04.2019
Aprovado em: 19.08.2019
Última versão dos autores: 14.10.2019

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo se ocupa da teoria da cegueira deliberada e do recente debate havido a respeito da utilização do instituto na Justiça criminal brasileira. Para nortear o estudo, elegeu-se como problema de pesquisa o questionamento sobre a possibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta de agentes que praticam uma ação tipicamente descrita, considerando as categorias de imputação subjetiva do direito penal brasileiro. Diante do problema apresentado, foram sugeridas duas hipóteses, as quais, depois de testadas com base no estudo realizado, levaram à conclusão sobre a desnecessidade de utilização da teoria da cegueira deliberada pelo direito penal brasileiro, pois além

Abstract: This article deals with the theory of deliberate blindness and the recent discussion there about the use of the brazilian criminal justice Institute. To guide the research, was elected as the research problem questioning about the possibility of using the theory of deliberate blindness to substantiate the existence of fraud possible in the conduct of agents who practice an action typically described, whereas the categories of subjective allocation of Brazilian criminal law. Front of the problem presented, two possibilities were suggested, which, after being tested on the basis of the study led to the conclusion about the exemption for the use of the theory of deliberate blindness by the Brazilian penal law, as well as of the differences made between

das diferenças havidas entre os sistemas jurídicos, não existem lacunas de responsabilização a serem colmatadas, como ocorre no direito criminal do *common law*, de onde a teoria é importada. Para realizar o estudo e responder ao questionamento levantado, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, e como técnica de pesquisa a bibliográfica-exploratória. Destaque-se que o assunto proposto possui relevância devido à atualidade do tema, assim como por conta do debate que vem sendo realizado na seara acadêmica a respeito da teoria da cegueira deliberada.

Palavras-chave: Direito penal – Teoria da cegueira deliberada – Justiça criminal – Responsabilização subjetiva – Limites de imputação penal.

legal systems, there are no accountability gaps to be bridged, as occurs in the criminal law of common law, where the theory is imported. To perform the study and respond to the questions raised, the hypothetical-deductive method, and how the research technique-exploratory bibliographical. Highlight that the proposed subject has relevance due to the actuality of the theme, as well as on account of the debate that has been held in the academic field about the theory of deliberate blindness.

Keywords: Criminal law – Willful blindness doctrine – Criminal Justice – Subjective responsibility – Imputation of criminal limits.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações sobre o surgimento da *willful blindness doctrine* no sistema jurídico do *common law*. 3. Sobre a importação da teoria da cegueira deliberada para o direito penal brasileiro. 4. Apontamentos sobre os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Nos últimos dois séculos, a dogmática penal seguiu em constante evolução e modificação em diversas áreas, tanto pelo contínuo trabalho realizado por escolas de juristas quanto pela necessidade de adequação de institutos e categorias do direito penal às alterações ocorridas na sociedade e no mundo ao longo desse tempo. Entre os diversos debates havidos inerentes aos variados elementos jurídico-penais, é possível destacar que, ao lado da culpabilidade e das teorias que fundamentam a pena, os conceitos referentes à imputação subjetiva tiveram especial destaque no excurso histórico da ciência penal. Disso, destaca-se, por exemplo, a evolução do conceito de dolo e sua alteração geográfica na Teoria do Delito, que, no início do século passado, por influência do sistema finalista da ação, passou da culpabilidade à tipicidade, tornando-se, desse modo, um elemento normativo; ainda, de se apontar a sempre continua questão que tangencia os limites entre o dolo eventual e a culpa consciente, demonstrando que as discussões teóricas existentes na dogmática penal se seguem até os dias atuais e não são estanques.

Entre os inúmeros debates acadêmicos sobre conceitos da dogmática penal, destaca-se, no cenário jurídico brasileiro, a recente discussão sobre a possibi-

lidade de importação e utilização da *teoria da cegueira deliberada*. A discussão está centrada, precisamente, nos limites de responsabilização subjetiva, porquanto a aplicação da teoria no Brasil, conforme será demonstrado, tem servido para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta do agente que comete uma ação tipicamente descrita. No entanto, por ser um instituto não previsto na legislação penal brasileira, muito menos objeto de aprofundados estudos da dogmática até recentemente, surgem questões importantes sobre a utilização da cegueira deliberada pelos tribunais nacionais para fundamentar a responsabilização criminal de alguém.

Em vista da crescente utilização da teoria da cegueira deliberada nos últimos anos, o tema ganhou importância nas discussões acadêmicas, pois, em primeiro lugar, sabe-se que se trata de instituto alienígena ao sistema jurídico-penal adotado no Brasil e, por conseguinte, é um assunto relativamente novo no direito nacional. De outro lado, destaca-se que, à luz da sistemática penal e dos seus critérios de imputação, a teoria em estudo gera inúmeras controvérsias, pois, como será elucidado no decorrer do artigo, a cegueira deliberada vem sendo equiparada ao dolo eventual pelo Poder Judiciário brasileiro, o que evidencia ausência de maiores reflexões a respeito da sua utilização diante dos elementos do tipo subjetivo delineados tanto pela dogmática quanto pelo Código Penal nacional. Assim, diante das controvérsias havidas, seja implícita ou explicitamente, elenca-se, para fins do presente estudo, o seguinte problema condutor: *considerando as categorias de imputação subjetiva do direito penal brasileiro, é possível a utilização da teoria da cegueira deliberada para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta de agentes que praticam uma ação tipicamente descrita?*

À vista do questionamento anteriormente realizado, sabe-se que devem surgir hipóteses, as quais possibilitam a condução do trabalho e a verificação final diante da construção teórica realizada. Dessa maneira, para a investigação proposta apresentam-se duas hipóteses, as quais passam pela *(i)* impossibilidade de utilização da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro diante das categorias próprias de responsabilização subjetiva – elementos do tipo subjetivo previstos no Código Penal nacional e na dogmática; e, ainda, *(ii)* na prescindibilidade da utilização da teoria da cegueira deliberada para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta de um agente que comete um ilícito descrito na norma penal, pois, se verificado que, apesar da proibição, a ação foi realizada com conhecimento sobre as circunstâncias do fato delituoso e assunção do risco, torna-se desnecessário o emprego do instituto estranho ao ordenamento jurídico-penal – cegueira deliberada – para fundamentar a responsabilidade subjetiva.

O objetivo do presente artigo é, portanto, o estudo da *willful blindness doctrine*, a fim de poder responder o problema apresentado e testar as hipóteses sugeridas.

Para tanto, argumenta-se que o texto se divide em três tópicos, considerados objetivos específicos. No primeiro, apresenta-se o surgimento da cegueira deliberada no direito criminal do *common law* e seu desenvolvimento principalmente nas cortes norte-americanas; no segundo, demonstra-se como a teoria foi importada e vem sendo utilizada na Justiça criminal brasileira; por último, faz-se a abordagem dos elementos de responsabilização subjetiva havidos no direito penal brasileiro, a fim de colocá-los como baliza diante do argumento de necessidade de utilização da *teoria cegueira deliberada* no direito nacional.

Para o desenvolvimento do texto, optou-se pelo método *hipotético-dedutivo*, pois foram sugeridas hipóteses ao problema de pesquisa, como anteriormente demonstrado; quanto à técnica de pesquisa, adotou-se a *bibliográfico-exploratória*, porquanto a construção do texto ocorreu com base nas leituras realizadas em livros e artigos científicos, bem como na legislação e jurisprudência. Cabe ressaltar, neste ponto, que a pesquisa se deparou com a escassez de referências bibliográficas sobre o tema *teoria cegueira deliberada*, tornando, em certa medida, dificultosa a construção do primeiro tópico. No entanto, sem descuidar dos critérios da pesquisa científica, em praticamente todos os pontos houve inserção de notas de rodapé, a fim de apontar a fonte pesquisada, ou, ainda, complementar as ideias apresentadas no corpo do texto. Insta referir, por fim, que o artigo não se trata de estudo comparado, e que sequer houve essa pretensão, uma vez que, para tanto, seria necessário outro momento, com investigação mais aprofundada nas características de cada sistema jurídico e seus respectivos institutos.

Sublinhe-se que a escolha do tema foi motivada, primeiro, pela possibilidade de investigar a aplicação de um instituto completamente alheio ao direito penal brasileiro, e segundo, porque o assunto é, como dito alhures, relativamente novo no cenário jurídico. Dito isso, espera-se, com o estudo que se apresenta, contribuir, em alguma medida, com o debate existente na academia sobre a importação e utilização da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros.

2. Considerações sobre o surgimento da *willful blindness doctrine* no sistema jurídico do *common law*

A[1] *wilfull blindness doctrine* – doravante *teoria da cegueira deliberada* – surgiu historicamente em julgamentos realizados no século XIX nas Cortes inglesas, e

1. O estudo realizado neste tópico tem como objetivo discorrer sobre o surgimento da *willful blindness doctrine* no direito criminal do *common law*, e elucidar, precisamente, a questão sobre *o que é a willfull blindness doctrine* ou *teoria da cegueira deliberada*. Todavia, adverte-se, desde logo, que diferente do que erroneamente se pensa sobre a

pode-se dizer que a primeira utilização do conceito foi no ano de 1861, durante o julgamento que ficou conhecido como *Regina v. Sleep*.[2] Nesse julgamento, um ferreiro foi acusado pelo crime de malversação de bens públicos, por ter embarcado em um navio com um barril contendo parafusos com o símbolo real britânico.[3] Num primeiro momento, o acusado foi condenado pelo Tribunal do Júri pelo delito imputado, no entanto, depois de recorrer, a sentença foi reformada, restando absolvido, devido à alegada *falta de conhecimento* a respeito da origem (e propriedade) dos parafusos, ou seja, a defesa fora embasada na ausência de conhecimento sobre o elemento essencial à configuração da tipicidade, logo, sem poder conhecer todas as circunstâncias fáticas do delito, a Corte de apelação entendeu pela absolvição do acusado.[4]

---

willful blindness quando se realizam leituras rasas, a "teoria" em estudo, na verdade, não é uma construção acadêmica ou dogmática, fruto de estudos universitários ou de pesquisas jurídicas. Essa advertência inicial é necessária, porque, apesar de doravante o trabalho tratar a *willful blindness* por "cegueira deliberada", "teoria da cegueira deliberada" e nomenclaturas semelhantes, aponta-se que a expressão "doctrine", no idioma inglês, não é traduzida para doutrina ou estudos acadêmicos, pois estes são chamados de "literature" ou "scholarship" na cultura jurídica do *common law*. Assim, para deixar bem entendido, a expressão "doctrine" é considerada a síntese de decisões judiciais no sistema do *common law*, logo, por ser fruto de construção dos tribunais, a expressão *willful blindness* ganhou em sua composição a palavra *doctrine*, o que, em livre tradução, fica conceituada como "teoria da cegueira deliberada". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 183. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

2. DRESCH, Márcia de Fátima Leardini Vidolin; SILVA, Douglas Ribeiro da. Lavagem de dinheiro: um estudo sobre a teoria da cegueira deliberada e a possibilidade de responsabilização do advogado. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Org.). *Direito penal econômico:* administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017. p. 197; CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 19; RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 13.
3. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 6.
4. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova

Assim, o caso *Regina v. Sleep* se tornou o ponto inicial para o desenvolvimento da *willful blindness doctrine*, pois, embora tenha abordado a questão da falta de conhecimento de maneira tímida, a decisão proferida em primeiro grau – condenação apesar da alegação da falta de conhecimento – deu um esboço inicial à teoria que décadas mais tarde passaria a ser utilizada como fundamento na condenação de agentes que argumentem não ter o conhecimento sobre todo o fato delituoso.[5] A partir do caso mencionado, os demais tribunais ingleses passaram a utilizar a cegueira deliberada, sendo importante a menção, neste ponto, do julgamento do caso *Bosley v. Davies*, ocorrido em 1875, no qual um indivíduo, proprietário de uma pensão, foi acusado pela realização de jogos ilegais em seu estabelecimento.[6] Nesse processo, o agente foi condenado sob o argumento de que, apesar de ter alegado a falta de conhecimento sobre a proibição, as evidência indicavam que *Davis* e seus funcionários sabiam da existência da jogatina ilícita no local, e que, apesar disso, de forma deliberada mantinham-se em estado de ignorância.[7]

No final do século XIX, a *willful blindness doctrine* foi transportada ao direito criminal norte-americano, onde, desde então, ganhou maior destaque e foi utilizada com maior incidência.[8] Nos Estados Unidos da América, o primeiro caso

---

oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul., 2017. p. 19.

5. Sobre esse caso, Ragués i Vallès pontua o seguinte: "El jurado que enjuició en primera instancia a Mr. Sleep le condenó como autor de un delito de malversación por haberse apropiado de tornillos de cobre marcados como de titularidad pública. Ante su alegación afirmando no haber sido consciente de que los bienes eran públicos, el juez Willes concluyó que la condena debía revocarse porque "el jurado no ha[bía] considerado acreditado que el individuo conociera que los bienes estaban marcados [como propiedad estatal] ni tampoco que se abstuviera intencionadamente de adquirir tal conocimiento". Según parece desprenderse de este pasaje –ciertamente poco elocuente– la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento efectivo". (RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 13).
6. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 6.
7. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 6-7.
8. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 78.

a utilizar a teoria foi o processo *Spurr v. United States*, julgado em 1899, perante a Suprema Corte; nesse caso, o acusado foi condenado por ter deixado de verificar a autenticidade de cheques bancários que lhe foram apresentados, sob o argumento de que devido à sua posição de gerente do *Commercial National Bank of Nashville*, não poderia ter incorrido nos erros que acarretaram na fraude bancária, ainda que tenha argumentado que não tinha conhecimento sobre todas as circunstâncias da conduta delituosa praticada.[9]

Até a década de 1960, a *willful blindness doctrine* seguiu sendo utilizada pelos tribunais norte-americanos, porém, sem maiores critérios, pois foi apenas depois dessa década, com a criação do *Model Penal Code*,[10] que a teoria ganhou melhores contornos nos Estados Unidos, fato que possibilitou maior aplicação do instituto pelas cortes dos estados federados que adotaram o estatuto penal criado pelo *American Law Institute*.[11] Assim, com o desenvolvimento do Código Penal Modelo, houve, por assim dizer, uma intenção de padronizar a utilização da *willful blindness doctrine* – entre outros institutos jurídico-penais utilizados pelas cortes norte-americanas.[12]

9. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 19-20; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 265.

10. Interessante explicitar, nesse ponto, que o *Model Penal Code* é uma normativa criada pelo *American Law Institute* no ano de 1962, e que, de acordo com Lima, "Não se trata de uma lei propriamente dita (como se fosse um Código Penal, nos modelos de países que adotam o *civil law*), mas documento elaborado por juristas que trouxe diversos conceitos, a fim de uniformizar a interpretação da lei penal – lembre-se que, à época, havia 52 (cinquenta e dois) Códigos Penais diferentes nos Estados Unidos da América. O *Model Penal Code* trouxe mais segurança por ser uma base interpretativa a ser utilizada como fundamentação em todo o país e foi um marco na história jurídica dos Estados Unidos". (LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 7).

11. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 81.

12. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 265.

O *Model Penal Code*, em sua redação, tentou aperfeiçoar o conceito sobre o instituto, na medida em que no texto do estatuto penal, precisamente na seção 2.02.1, houve a inserção da expressão *minimum requerements of culpability* – requisitos mínimos de culpabilidade.[13] Dessa forma, os tribunais dos estados federados que adotaram o *Model Penal Code* passaram a ter como parâmetro um conceito "legal" de culpabilidade, dentro do qual se verifica a existência de quatro elementos[14], chamados de *purposely*, *knowingly*, *reckelessly* e *negligently*,

13. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Disponível em: [www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf]. Acesso em: 20.08.2018.

14. Estes elementos, para determinado setor da doutrina brasileira, apresentam graus crescentes de subjetividade na conduta do agente, tendo em vista que, no elemento *purposely* há uma noção intencionalidade, enquanto na *knowingly* há conhecimento certo sobre o fato, ou seja, a respeito do resultado criminoso, e, na *reckelessly*, há irresponsabilidade do agente perante os efeitos do risco criado, enquanto, por fim, na *negligence*, a atuação se dá por conta da negligência. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 266). Ainda, para Sydow, "O código modelo determina claramente a lógica de um Princípio da Culpabilidade (antes formalmente inexistente), declarando que uma pessoa não é culpada de uma ofensa, a não ser que tenha agido com um dos 4 (quatro) graus mentais ou graus de subjetividade: intencionalmente (*purposely*), conscientemente/com conhecimento (*knowlingly*), com irresponsabilidade/sem consideração aos efeitos do risco criado (*recklessly*) ou negligentemente (*negligently*)". (SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 84). Nada obstante, Lucchesi, no mesmo sentido, refere que: "A maneira como os requisitos subjetivos dos crimes é proposta no Código Penal Modelo denota preocupação não com a conceituação dos elementos em si, mas com o estabelecimento de graus ou patamares de deliberação escalonados. Tomando-se os dois extremos do espectro, *purpose*, enquanto maior grau de comprometimento do autor com o resultado, estaria reservado apenas para os casos que exigem fiel demonstração de comportamento propositado pelo autor, ao passo que *negligence*, enquanto criação inconsciente de risco pelo autor, seria suficiente para a responsabilidade penal apenas quando a inobservância de um padrão elevado de cuidado gerar a criação de riscos intoleráveis. No meio deste espectro, estariam dois estágios intermediários. *Recklessness*, por um lado, significa a criação consciente de riscos. Já para *knowledge não há uma definição mais rígida, exceto no que diz respeito ao conhecimento que é exigido pelo autor a respeito da situação de fato em que atua, e a previsibilidade do resultado de sua ação ou de sua omissão como algo praticamente certo".* (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade

formando, assim, o que, para determinado setor da doutrina, pode ser considerado como *mens rea* para o direito criminal estadunidense, ou, em outros termos, mente culpada.[15] Contudo, para Lucchesi, o texto do estatuto norte-americano não tem nenhuma relação com o significado apontado (*mens rea*), pois, segundo refere em sua obra, o *Model Penal Code* não se utiliza da expressão *mens rea*, e, pelo contrário, nota-se que a preferência dos redatores foi pelo termo *culpability*, tanto é que, para o citado autor, umas das intenções do *American Law Institute* ao redigir o estatuto foi banir a utilização do vocábulo *mens rea* e dar contornos mais adequados a determinados institutos, como a *willful blindness*.[16] Nesse passo, na esteira do que refere Sydow, a criação do *Model Penal Code*, precisamente no diz respeito à *willful blindness doctrine*, foi o meio adequado para, *a priori*, resolver a problemática envolvendo a teoria, mormente porque determinou critérios às cortes dos entes da Federação que utilizam o estatuto penal como parâmetro de julgamento e responsabilização subjetiva.[17]

Em relação aos elementos mencionados na seção 2.02.1, do *Model Penal Code* – *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence* –, denota-se que a doutrina

Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 111. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

15. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 125. A respeito do da expressão *mens rea*, Lucchesi leciona o seguinte: "A origem da expressão *mens rea*, enquanto conceito unitário para a definição do elemento subjetivo necessário para a prática de um crime, remonta à formação do direito inglês e às suas influências romano e canônica. O desenvolvimento da *mens rea* enquanto categoria de imputação, no entanto, seguiu um caminho bastante diverso do das noções romanas de *dolus* e de culpa, devido à forte influência do direito canônico – o qual colocava como requisito para a punição a existência de alguma culpa moral – e a missão empreendida baseada pelos juristas ingleses de desenvolver um conceito unitário de *mens rea* capaz de definir todos os diversos elementos subjetivos necessários para a configuração de cada crime". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 89-90. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

16. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 93. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.

17. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 84.

que estuda a *willful blindness* diverge no entendimento a respeito desses elementos; isso ocorre porque, por exemplo, para Callegari e Weber, *knowledge* é o conhecimento efetivo a respeito da conduta e todas as suas circunstâncias, enquanto, por outro lado, a *recklessness* pode ser considerada como a imprudência, isto é, inconsequência na ação realizada pelo agente.[18] Para os autores mencionados, o conhecimento efetivo da conduta (*knowledge*) necessita de dois elementos para sua configuração: o primeiro está baseado na crença do agente, em outras palavras, na sensação de certeza sobre a conduta criminosa e todos os seus elementos; e o segundo, reside na certeza a respeito do fato cometido.[19] Em relação à imprudência (*recklessness*), Callegari e Weber expõem que esse elemento pode ser conceituado como a situação na qual o agente conscientemente ignora o risco criado, pois referem que "a imprudência pode ser considerada criação de risco consciente, e a desconsideração consciente do risco fornece o requisito subjetivo de ter o autor pessoalmente reconhecido o risco em particular"[20].

Todavia, em sentindo contrário, Lucchesi coloca que o elemento do *knowledge* nada mais é do que conhecimento que o agente possui em relação à conduta criminosa, bem como suas circunstâncias, e, por conta disso, não se confunde com

18. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 126-127.

19. Em síntese, Callegari e Weber lecionam o seguinte sobre o *knowingly* no direito penal estadunidense: "O conceito de conhecimento implica uma tomada de consciência por parte do réu de que esteja cometendo um ato que é considerado crime. A principal distinção entre as figuras da intenção direta e da consciência ou conhecimento é que o primeiro implica uma tomada de consciência de que o resultado é "praticamente certo", caso seja praticada tal conduta. O dito "knowiling", ou, como chamamos, conhecimento, é um padrão menor do que "wilfully", ou voluntariamente. Se a consciência de conduta pode ser provada, é admissível que um júri posa inferir conhecimento por parte do autor." (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 128).

20. Ainda, segundo os autores: "Em que pese, dentro da conceituação do direito penal norte-americano, imprudência se assemelhe a conhecimento, uma vez que ambos exigem uma consciência subjetiva real do indivíduo, existem aspectos diferenciadores entre ambos. Em primeiro lugar, o ator em cada caso está ciente de uma coisa diferente. A fim de ser imprudente o ator deve estar ciente da possibilidade ou no máximo a probabilidade substancial de um fato, mas, afim de agir conscientemente o ator deve estar ciente de um fato real. Traduzindo: o conhecimento requer a crença de que um fato é certo ou altamente provável, mas imprudência requer uma consciência de que o fato seja, sim, uma possibilidade, entretanto, a consciência exigível nunca será a de que o fato é mais do que substancialmente provável." (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 129).

o conhecimento (dolo) do direito penal brasileiro.[21] No que tange à *recklessness*, o autor também diverge de Callegari e Weber, pois entende que esse elemento é uma categoria intermediária entre a figura do dolo eventual e da culpa consciente do direito penal brasileiro, o que, por conseguinte, não pode ter relação com a imprudência do sistema jurídico-penal pátrio.[22] Assim, para Lucchesi, o *knowledge*, apesar da tradução para conhecimento, é um tipo de imposição da legislação norte-americana, que diz respeito ao elemento *recklessness*, ou seja, ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, diferente do que pensam outros autores.[23]

Apesar desse debate sobre os conceitos dos elementos da *culpability*, que fundamentam a utilização da *willfull blindness* nas cortes norte-americanas, convém ressaltar que a problemática central sobre a utilização da teoria está no termos

21. Para Lucchesi: "O conceito de conhecimento (*knowledge*) no direito penal americano não se confunde com o "conhecimento" para o direito penal brasileiro. Primeiramente, não é o conhecimento em si uma entre outras categorias de imputação. O conhecimento é um elemento do conceito de dolo, ao lado de um elemento volitivo. Havendo a previsão de responsabilidade penal por imprudência consciente, o conhecimento por si não permite a responsabilização por crime doloso". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 208. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

22. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 101-105. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.

23. Em complemento: "O elemento *knowledge*, nos sistemas influenciados pelo Código Penal Modelo americano, é um requisito adicional imposto pela legislação com relação ao elemento padrão de responsabilidade subjetiva, a *recklessness*. Significa dizer que no direito penal americano, em geral, toda vez que o legislador não incluir na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetiva, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*. Isso é, se o autor conscientemente ignorar algum risco substancial e injustificável de que alguma circunstância elementar do delito exista ou resultará de sua conduta. Alguns crimes podem exigir mais: que o autor – em vez de ignorar o risco existente ou criado – aja sabendo da presença de alguma elementar do crime ou sabendo que o resultado criminoso de sua conduta é praticamente certo." (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 181-182. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.

existentes nos itens 2.02.7 e 2.02.8 do *Model Penal Code*, pois, pela leitura realizada desses tópicos, denota-se que, pelo primeiro (2.02.7), o conhecimento (*knowledge*) a respeito de um fato pode ser estabelecido se o agente possui alta probabilidade de conhecer a situação com todas as suas circunstâncias.[24] E o segundo (2.02.8), por sua vez, refere que a exigência da intencionalidade do agente estará satisfeita se ele agir de forma consciente a respeito dos elementos materiais da infração[25]. Diante desse quadro, a expressão "alta probabilidade" acaba se tornando o ponto nevrálgico da questão, tendo em vista que é com base nela que os tribunais norte-americanos aplicam a *willful blindness doctrine*, por entenderem que é possível condenar o agente quando esse tinha a possibilidade de conhecer a conduta criminosa realizada, mas que, de forma deliberada, preferiu manter-se em estado de ignorância.[26] Dessa forma, a intepretação extraída do item 2.02.7 do *Model Penal Code* abre ao órgão julgador a possibilidade o alargamento do conceito do *knowledge* (conhecimento), sobretudo por conta da própria carga sugestiva contida na expressão "alta probabilidade";[27] essa situação resulta, por

24. "Section 2.02. General Requirements of Culpability. [...] (7) Requirement of Knowledge Satisfied by Knowledge of High Probability. When knowledge of the existence of a particular fact is an element of an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist." (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Disponível em: [www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf]. Acesso em: 20.08.2018).

25. "Section 2.02. General Requirements of Culpability. [...] (8) Requirement of Wilfulness Satisfied by Acting Knowingly. A requirement that an offense be committed wilfully is satisfied if a person acts knowingly with respect to the material elements of the offense, unless a purpose to impose further requirements appears." (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Disponível em: [www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf]. Acesso em: 20.08.2018).

26. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 131.

27. Nesse panorama, Mello e Hernandes também colocam o seguinte apontamento: "Não escapa a uma série de questionamentos, ainda, o critério da 'alta probabilidade' muito adotado pelo sistema norte-americano para a aceitação da figura da *willful blindness* especialmente após o surgimento, em 1962, do Código Penal Modelo (*Model Penal Code*), que dispôs que o requisito do conhecimento da existência de um fato particular deve ser considerado satisfeito 'se a pessoa está ciente da alta probabilidade de sua existência, exceto se a pessoa verdadeiramente acredita que este não existe'

conseguinte, na possibilidade de os órgãos jurisdicionais condenarem o agente com fundamento na "alta probabilidade" de conhecer a conduta, mesmo que ele não tenha agido com *knowledge*, ou seja, com conhecimento sobre todas as circunstâncias que envolvem o delito.[28]

Como exemplo de aplicação da *willful blindness* com base no argumento da "alta probabilidade", destaca-se, inicialmente, o *leading case United States v. Jewell*, no qual o agente foi condenado por transportar pela fronteira que divide o México e os Estados Unidos 110 libras de maconha, em um compartimento secreto do veículo que estava dirigindo.[29] Nesse processo, embora tenha argumentado que não tinha conhecimento sobre o que transportava, o acusado *Jewell* acabou sendo condenado, sob a justificativa de que tinha "alta probabilidade" de conhecer a conduta criminosa, mas preferiu manter-se deliberadamente em estado de cegueira, em outras palavras, que podia saber que estava transportando drogas no veículo e a falta de conhecimento não justificava a ocorrência do

(Seção 2.02(7)). Em primeiro lugar, seria necessário um parâmetro numérico para se auferir normativamente o que significa a expressão, o qual, não existindo, resulta em um elevado grau de liberdade de interpretação e de aplicação aos seus destinatários, com prejuízo à segurança jurídica". (MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpendi Law Review*, Braga, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 453).

28. Conforme expõe Sydow, "o requisito de conduta deliberada é considerado preenchido nas situações em que alguém age tendo consciência a respeito dos elementos materiais do delito, exceto em situações em que haja requisitos específicos no tipo, como, por exemplo, um elemento objetivo como propósito ou finalidade". (SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 85).

29. "Em United States v. Jewell o acusado foi condenado por importar 110 libras de maconha. A maconha fora ocultada em um compartimento secreto em um carro dirigido para os Estados Unidos do México. A lei penal exigia, para o caso, o necessário conhecimento acerca da posse de substâncias controladas. A alegação defensiva baseou-se no desconhecimento do réu quanto à maconha que transportava. Entretanto, havia evidências de que Jewell sabia do compartimento e teve conhecimento de fatos que indicavam que ele continha maconha. Além disso, provas indicaram que Jewell deliberadamente evitou obter o conhecimento pleno a fim de livrar-se de qualquer responsabilidade penal em eventual descoberta. Nesse caso, o tribunal asseverou, em sua decisão, que a doutrina da cegueira deliberada pode ser extraída da lei penal. Em segundo lugar, igualou-a à figura do conhecimento pleno e da cegueira deliberara, pois, segundo os julgadores, seriam ambas as condutas reprováveis e, para fins de proteção da sociedade, deveriam ser igualmente punidas". (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 144).

delito.[30] Em síntese, devido à utilização do termo "alta probabilidade", o tribunal considerou que *Jewell* se manteve em estado de ignorância de forma proposital, e que, em vista disso, a menção à *willful blindness doctrine* supria a lacuna existente na ausência de *knowledge* (conhecimento).[31]

Em outro caso considerado emblemático, *United States v. Bass*, julgado pela Suprema Corte em 1971, o tribunal constitucional se manifestou em sentido contrário à forma que a *willful blindness* vinha sendo utilizada sem contornos bem definidos e como medida de política criminal punitiva nos Estados Unidos.[32] No entanto, apesar da manifestação da mais alta corte do país, repudiando a utilização irrestrita da *willful blindness*, a teoria seguiu sendo utilizada pelos tribunais que adotaram o *Model Penal Code*, demonstrando, com isso, que a aplicação dos termos do estatuto e a condenação com base na "alta probabilidade" nada mais são que o ativismo judicial existente no Poder Judiciário norte-americano.[33] Cita-se, como exemplo disso, a utilização da teoria na condenação de indivíduos acusados por crimes relacionados ao tráfico de drogas, sobretudo depois da

30. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 267. Ainda, conforme coloca Ragués i Vallès, "La condena del jurado fue recurrida por Jewell, cuya defensa cuestionó la legalidad de esta instrucción. Sin embargo, en su posterior resolución el Tribunal de Apelaciones confirmaría la condena partiendo de la equiparación que contiene la sección 2.02.7 del *Model Penal Code* entre conocimiento cierto de un determinado hecho y conciencia de la alta probabilidad de su concurrencia. Según la Sala, quien es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho y no hace lo necesario para confirmar su sospecha merece el mismo *tratamiento* que quien tiene plena certeza sobre tal extremo. Para justificar su decisión el Tribunal invocó, entre otras, la idea de que 'la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad'". (RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 15).

31. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 9.

32. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 23.

33. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul., 2017. p. 23.

entrada em vigor do *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*.[34-35] Ao ser preso com determinada quantidade de drogas, se o agente não soubesse explicar a origem dos entorpecentes, ou não conseguisse comprovar a situação de usuário, acabava sendo condenado pelo delito de importação de drogas existente na legislação criminal, com o argumento de que tinha "alta probabilidade" de saber que a substância ilícita era importada.[36]

O fato de seguir sendo utilizada nas cortes norte-americanas ao longo das últimas décadas como forma de condenar acusados, mesmo que esses não possuíssem o conhecimento sobre a conduta criminosa, fez com que, no ano de 2011, os *justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos voltassem a repudiar a aplicação irrestrita da teoria nos tribunais norte-americanos.[37] No julgamento

34. De acordo com Sydow: "Por essa lei, seriam crimes as condutas de (a) importação de substância que se sabe serem controladas (pelo Governo) e (b) a posse dolosa de tais substâncias com o intuito de distribuição. Mas o fato de o conhecimento atual (representado pela expressão "sabe serem") compor as circunstâncias do delito fez com que nascesse uma maciça tendência da defesa processual em alegar ignorância da questão do controle estatal". (SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 80.).

35. Em complemento à exposição do texto, refere-se que: "Em 1970, a cocaína e a maconha eram substâncias muito consumidas nos EUA. Segundo relatório da ONU, no tocante à maconha, 70% do mercado americano era abastecido pela Colômbia, obrigando os EUA a enfrentarem a questão de maneira mais severa, criando, para este fim, o Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970, proibindo a importação de qualquer substância. Diante da dificuldade de punição dos traficantes, os oficiais americanos passaram a prender a indiciar até mesmo aqueles que portavam substâncias, sob a alegação de que sabiam de sua importação. Rapidamente, as cortes americanas estenderam a teoria da cegueira deliberada para os crimes de receptação e até mesmo para o crime de proteção a fugitivo federal. O grande problema dessa movimentação é que os julgadores apenas citavam a teoria, sem qualquer fundamentação, muitas vezes fazendo tão somente referência à 'ampla utilização', mesmo quando não eram muitos os casos em que havia sido aplicada a cegueira deliberada". (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 22-23).

36. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 20.

37. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade

de um agente acusado de cometer o crime de lavagem de dinheiro, os membros do tribunal constitucional determinaram a necessidade de se verificar no caso concreto a existência de critérios para a aplicação da *willful blindness*, ou seja, determinaram critérios específicos para a aplicação da teoria, descritos, em síntese, na necessidade de verificação da crença subjetiva do agente sobre a alta possibilidade da ocorrência do delito (da lavagem, no caso); e, ainda, na necessidade de comprovação de que o agente, de forma deliberada e proposital, evitou conhecer o delito com todas as suas circunstâncias.[38]

Em vias de conclusão do tópico, pode-se referir que a utilização da *willful blindness* desde a década de 1960 está assentada principalmente na expressão "alta probabilidade", prevista na seção 2.02.7 do *Model Penal Code*.[39] Porém, como mencionado, a possibilidade de emprego do termo *high probality* dá aos tribunais a oportunidade de condenar acusados em processos criminais, mesmo que eles não possuam o conhecimento sobre o fato considerado delituoso.[40] Em outras palavras, o agente fica à mercê do entendimento do tribunal, pois o Poder Judiciário pode dar ao texto do *Model Penal Code* a intepretação que entenda mais conveniente ao caso, mesmo que isso acarrete em condenação e deixe evidente o ativismo judicial.[41]

Cabe sublinhar, por tudo o quanto dito, que não é possível estabelecer um único conceito sobre a *willful blindness doctrine*, pois existem variadas fontes a respeito da teoria, além da remissão que é realizada aos termos previstos no *Model*

---

ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 24.

38. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 24.

39. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 146.

40. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 179.

41. Como concluem Callegari e Barazzetti: "Se o objetivo é a condenação de um indivíduo que violou uma lei penal, a tarefa de proposição de tal lei é do Congresso, e não do juiz. O julgador não pode extrapolar suas funções porque, se a teoria da cegueira deliberada fosse útil à defesa, esta usaria ao máximo tal tese. Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial americano mais uma vez coloca-se além da moldura da lei, criando uma verdadeira ruptura legal". (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 152).

Penal Code.[42] Entretanto, é possível dizer que, de forma bem sintetizada, Lucchesi delimita a teoria a cegueira deliberada ao referir que

> "uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância."

E conclui dizendo que

> "quando os três elementos enunciados estão presentes é possível condenar o autor por um crime que exige knowledge, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América".[43]

Conclui-se, portanto, que a *willful blindness doctrine* é utilizada pelas cortes estadunidenses como um meio de suprir lacunas da responsabilização subjetiva, ainda que não fique bem esclarecido se o acusado tinha pleno conhecimento sobre a conduta delituosa imputada; assim, a condenação vai embasada no argumento da "alta probabilidade" de que o agente, naquelas condições, tinha de ter ciências a respeito do ilícito com todas as suas circunstâncias, mas que, por vontade própria, manteve-se inerte ou em estado de ignorância.[44] Com efeito, sublinhe-se, por fim, que a possibilidade de condenação com fundamento no *high probality* apenas é possível porque o sistema de imputação subjetiva do direito criminal norte-americano, sobretudo nos estados que aderiram ao *Model Penal Code*, é completamente diferente do existente no direito penal brasileiro, o que torna, desse modo, a *willful blindness doctrine*, a princípio, um instituto desconectado do sistema jurídico-penal do Brasil.[45]

---

42. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 182. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.
43. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 182. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.
44. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 5.
45. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 204.

3. Sobre a importação da teoria da cegueira deliberada para o direito penal brasileiro

Em âmbito brasileiro, a teoria da cegueira deliberada foi utilizada pela primeira vez no julgamento do famoso caso do furto ao Banco Central de Fortaleza/CE, ocorrido em agosto de 2005.[46] Nesse caso, de ampla repercussão midiática, após o furto realizado, alguns criminosos efetuaram a compra de alguns veículos em uma revenda, realizando o pagamento em espécie, para dar um caráter de licitude ao dinheiro furtado da sede do Banco.[47] No entanto, posteriormente à compra, o esquema acabou sendo descoberto, e os proprietários da revenda de veículos foram processados e condenados em primeiro grau pelo crime de lavagem de dinheiro, sendo a *willful blindness doctrine* o argumento do Magistrado singular para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta dos agentes.[48] A decisão acabou sendo reformada em Segunda Instância, afastando-se a condenação dos proprietários da loja de veículos, bem como a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no caso em questão.[49] Todavia, apesar da reforma da decisão, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 5º Região acabou abrindo caminho para a utilização da *willful blindness doctrine* no direito penal brasileiro, pois, como referido, embora os agentes tenham sido absolvidos, o Relator do processo aludiu que, caso fosse possível reconhecer o dolo eventual na conduta, restaria cabível a adoção da teoria da cegueira deliberada.[50]

---

46. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 28.
47. Cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 26-55. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.
48. Cf. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 26-55. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.
49. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 216-220.
50. De acordo com Lucchesi, "a despeito da absolvição dos acusados ter restado como decisão final do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, o acórdão deixa clara a opinião daquele corte quanto à possibilidade de se adotar a cegueira deliberada como categoria substituta ou equivalente ao dolo eventual, podendo ser considerada compatível com o

Posteriormente, a teoria da cegueira deliberada também foi utilizada na Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal – famigerado caso "Mensalão", no qual diversos políticos, empresários e demais agentes foram processados por delitos de corrupção, lavagem de dinheiro e outros injustos penais.[51] Nesse processo, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, lançou mão da teoria da cegueira deliberada para imputar a prática do crime de lavagem de dinheiro a alguns dos agentes processados, argumentando, para tanto, que na conduta dos réus estava presente a indiferença em relação à origem do dinheiro, o que era suficiente para o reconhecimento do dolo eventual na prática desse injusto, sendo aplicável, assim a *willful blindness doctrine*.[52]

Mais atualmente, a teoria da cegueira deliberada também acabou sendo utilizada, em grande medida, no julgamento de casos envolvendo a conhecida Operação Lava Jato, de repercussão praticamente mundial.[53] A respeito da aplicação

sistema de imputação subjetiva no Brasil". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 54-55. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

51. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 30-31.

52. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 59-67. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018. A respeito desse ponto, Callegari e Weber se posicionam referindo o seguinte: "Verifica-se que nossa Corte Máxima se utiliza, sem qualquer filtro, da teoria como vem sendo aplicada (em parte, como demonstrado) nos Estados Unidos. A problemática aqui persiste, uma vez que, por essa noção de cegueira, tudo passa a ser passível de, no caso em questão, lavagem de dinheiro, uma vez que os conceitos abertos da própria teoria, da maneira aplicada, criam espaço amplo à discricionariedade. Esses exemplos limítrofes expressam a necessária análise por parte da doutrina dessa figura que vem sendo aplicada pelos tribunais. Abrindo-se a teoria da cegueira deliberada da maneira que o Judiciário tem feito, estaremos em breve vendo condenações em que o juiz substitui o necessário conhecimento exigido pela lei pela teoria da cegueira deliberada, sob o argumento de que o agir dessa maneira (mantendo-se alheio à informação) é igualmente reprovável àquele que detém o conhecimento do ato ilícito". (CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 192).

53. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo,

da teoria nos processos dessa operação, verifica-se que há significativa utilização da cegueira deliberada pelos tribunais, principalmente em fatos envolvendo o crime de Lavagem de Dinheiro, pois há um entendimento de a *willful blindness doctrine* pode servir como fundamento à responsabilização subjetiva por dolo eventual no cometimento desse ilícito.[54]

Além da utilização no direito penal brasileiro, no âmbito do *civil law* a cegueira deliberada também vem sendo utilizada pelo Tribunal Supremo Espanhol, desde o início dos anos 2000, ou seja, antes mesmo da aplicação no Brasil.[55] Tal como no Brasil, na Espanha as cortes, e principalmente a Suprema, vêm fazendo o uso da *willful blindness* para embasar condenações, sobretudo pela prática de delitos de *blanqueo de capitales* e tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que o agente, ao realizar a conduta tipicamente descrita, age com uma mistura, por assim dizer, de conhecimento e erro sobre o ilícito.[56]

No primeiro caso julgado pelo Tribunal Supremo Espanhol, o agente foi condenado pelo transporte de grande quantia de dinheiro para um paraíso fiscal, valor que, supostamente, era oriundo do tráfico ilícito de drogas.[57] Na decisão condenatória, o relator, *Giménez Garcia*, relatou em seu voto que o agente evitou conhecer aquilo que deveria e poderia ter o conhecimento, estando presentes três elementos para configuração da ignorância deliberada: "i) a possibilidade de o agente abandonar a situação de ignorância, caso queira; ii) o dever de procurar obter o conhecimento real e, iii) o agente, ao se colocar ou manter em situação de ignorância, visa à obtenção de alguma vantagem"[58]. Em síntese, o relator do

ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 256-261. No mesmo sentido: CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 192.

54. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, ago. 2016. p. 262-263; MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de Doutrina e Jurisprudência,* Brasília, ano 52, v. 108, jan.-jun. 2017. p. 172-174.

55. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 10.

56. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Revista Para el Análisis del Derecho,* Barcelona, ano 3, jul. 2015. p. 1-2.

57. RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 19-20.

58. LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jun. 2018. p. 10.

processo elencou que o agente tinha conhecimento que o dinheiro era oriundo da traficância, e mesmo assim se colocou em uma situação de ignorância deliberada sobre a natureza do negócio em que estava envolvido, por conseguinte, beneficiando-se economicamente.[59]

Contudo, apesar de o Tribunal Supremo Espanhol seguir aplicando a cegueira deliberada nas últimas duas décadas, entende-se que a utilização é equivocada, sobretudo por fazer a relação entre o dolo eventual e a teoria oriunda do *common law*.[60] Inclusive, nesse sentido Sydow destaca que a utilização da teoria pelo Tribunal espanhol é errônea devido às leituras rasas e aplicações de forma contraditória e caótica.[61] Para Ragués i Vallés, ao ser incorporada pelo Tribunal Supremo, a teoria acabou assumindo contornos próprios naquele país, praticamente assumindo vida própria e alargando o conceito de dolo eventual.[62]

Com efeito, Sánchez refere que a importação da *willful blindness* pelo Tribunal Supremo Espanhol está fundada em uma "americanização do Direito Penal", visto que a importação da teoria para aquele sistema jurídico acarreta numa expansão da intervenção penal e, sobretudo, do alargamento dos conceitos de dolo.[63]

---

59. RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 20.

60. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpendi Law Review*, Braga, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 451-452.

61. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 211-212.

62. Em complemento: "Si bien la voluntad de no confirmar sus sospechas por parte del sujeto activo era inicialmente considerada por el Tribunal Supremo solo como un indicio del llamado elemento volitivo del dolo eventual ("aceptación", "asentimiento" o "indiferencia"), progresivamente la doctrina de la ignorancia deliberada ha ido cobrando "vida propia", hasta el punto de afirmarse en algunas resoluciones posteriores –de forma más o menos explícita– que en estos casos de provocación del desconocimiento no es siquiera necesario acreditar la concurrencia del elemento cognitivo del dolo para imponer una condena por delito doloso. Así las cosas, el desconocimiento provocado ha alcanzado autonomía como un nuevo título de imputación subjetiva que únicamente se vincula con la figura tradicional del dolo a efectos punitivos. O, si se quiero ver de otra manera, el dolo se ha ampliado a casos que no requieren el elemento cognitivo tal como este último se había perfilado tradicionalmente." (RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, n. 13, v. 2, 2013. p. 22).

63. No artigo em espanhol, Sánchez aponta: "Hay que estar especialmente atentos a este fenómeno en una época en la que van proliferando "delitos globales" que están

No mesmo diapasão, Ragués i Vallès refere que "el hecho de que la gran mayoría de códigos penales no contenga una definición de dolo facilita, sin duda, que la jurisprudencia y la doctrina ajusten los contornos de esta figura según la respuesta punitiva que consideran adecuada para cada caso o grupo de casos"[64]. Assim, conforme a doutrina espanhola, fica evidente que na Espanha a utilização da *willful blindness doctrine* é equivocada, porque os tribunais daquele país fazem o uso da teoria por conta da ausência de definição de dolo no Código Penal espanhol[65], o que é completamente repudiado.[66]

Tais apontamentos são realizados porque se nota que ao fazer o uso da cegueira deliberada, os tribunais brasileiros embasam a aplicação da teoria no fato de ela ser utilizada em um país que também possui origem no *civil law*.[67] Entretanto, conforme Lucchesi, a utilização da cegueira deliberada na Espanha não contribui para o acoplamento da teoria no Brasil, vez que existem diferenças nos respectivos sistemas jurídicos, principalmente na questão do dolo, o qual encontra

conduciendo a una 'americanización del Derecho Penal' (blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, corrupción en transacciones internacionales, etc.). Esto es lo que está sucediendo con la importación de la 'doctrina de la ignorancia deliberada' en la jurisprudencia española, cuyo principal efecto es que da lugar a que el error se trate como dolo cuando 'no se sabe porque no se quiere saber'. Quizás esta teoría responda a determinadas necesidades que haya que resolver mediante una leal cooperación entre doctrina y jurisprudencia, pero, en actualidad, más que resolver problemas, se los lleva zafiamente por en medio en perjuicio del reo. Se trata de una teoría con una peligrosa vis expansiva de la intervención penal". (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Revista Para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, jul. 2015. p. 6).

64. RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, n. 13, v. 2, 2013. p. 17.

65. Como expõe Sydow, "a questão que aumenta a possibilidade de o Tribunal aplicar o instituto está no fato de que o Código Penal Espanhol não possui uma definição fechada de 'dolo'. O artigo 5 limita-se a dizer que 'no hay pena sin dolo o imprudencia'. Por isso, sua dogmática permite a adaptação de conceitos estrangeiros nessa temática com muito mais facilidade do que o sistema brasileiro, mesmo que de modo equivocado. Não há determinação de um sistema de representação, de consentimento ou volitivo". (SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 215).

66. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Revista Para el Análisis del Derecho,* Barcelona/España, n. 3, jul. 2015. p. 22-23.

67. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, ano 24, ago. 2016. p. 268.

delimitação no Código Penal brasileiro, mas não no espanhol.[68] Logo, diferente do Brasil, na Espanha, aparentemente não existem problemas referentes à legalidade, pois o conceito legal de dolo no ordenamento jurídico daquele país é aberto, do qual não se pode extrair uma definição legal precisa.[69] Compreende-se, nessa toada, que o Brasil recebe a teoria da cegueira deliberada duplamente enviesada, primeiro, porque, como refere Sydow,

> "(1) aplica uma doutrina proveniente de um outro sistema (common law), de uma outra realidade comunicativa e de um outro país e (2) que foi interpretada de modo raso e equivocado pelos Tribunais Espanhóis, que por sua vez possui também parcela de seu sistema diversa do nosso, especialmente no que se refere ao elemento subjetivo do tipo".[70]

Além disso, constata-se que ao fazer o uso da *willful blindness doctrine*, os tribunais brasileiros fazem uma equivocada simbiose entre o dolo eventual e a teoria, pois argumentam que são institutos que se equivalem, e o agente pode ser condenado com base na teoria caso tenha assumido o risco e praticado a conduta delitiva descrita na lei penal.[71] De acordo com Callegari e Weber, há evidente

68. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 58. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018. No mesmo sentido, Silveira coloca que: "Essa sorte de considerações passa absolutamente ao largo da preocupação de aceitação da cegueira deliberada na Espanha, como exemplo e aval para sua aplicabilidade em sede nacional. Como por lá não existe uma definição mais estreita sobre o que vem a ser do dolo, não houve qualquer dificuldade por parte da jurisprudência daquele país em expandir suas fronteiras. O mesmo, contudo, não pode ser admitido em sede de um Direito Penal, como o brasileiro, no qual a configuração do dolo é limitada a uma vontade (querer o resultado), ou, ainda a assumir o risco da produção do resultado. Embora possa ser verdade que esse "assumir o risco da produção do resultado" comporte até mesmo leituras normativistas, isso deve restar devidamente explicitado, sob pena de se macular a construção jurídica pretendida". (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, ano 24, ago. 2016. p. 272).

69. RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, n. 13, v. 2, 2013. p. 33.

70. SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 216.

71. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, ano 24, ago. 2016. p. 263.

erro na utilização da cegueira deliberada para fundamentar a existência do dolo (eventual), haja vista que,

> "se a teoria da cegueira deliberada, quando utilizada no Brasil, equipara o comportamento descrito ao dolo eventual, havendo o conhecimento pleno, tem-se necessariamente o dolo exigido pelo tipo. Aquele que conhece não se mantém cego, eis que seus "olhos" já entraram em contato com a informação, logo, absolutamente descabida a condenação por cegueira deliberada daquele que tem conhecimento".[72]

72. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 30. Ainda, sobre a impropriedade da utilização da cegueira deliberada na Espanha e no Brasil, Lucchesi destaca o seguinte: "Exige-se nos conceitos brasileiro e espanhol alguma suspeita por parte do autor, mas em momento algum se exige que a suspeita a partir do conhecimento parcial da situação pelo autor – para conduzir à responsabilização a título de dolo – seja de *elevada probabilidade* de conduta delitiva. Não se trata de mera desconfiança. No direito americano, exige-se algo a mais, mostrando-se, mesmo diante de suas deficiências, um conceito mais exigente no aspecto cognitivo. Ademais, no conceito americano não basta uma omissão pelo autor em não buscar aprofundar seu conhecimento; exige-se que o autor efetivamente *tome medidas* voltadas propositadamente a evitar que se comprove a prática do crime, cuja existência suspeite como altamente provável". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo:* o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 218. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018). Em *sentido contrário*, Magalhães defende a utilização da *willful blindness doctrine* como forma de dolo eventual, ao expor que: "A teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (*ostrich instructions*) e doutrina da evitação da consciência (*conscious avoidance doctrine*), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento. Desta forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex. *compliance officer* ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontre nesta posição faz 'vista grossa' e 'ouvidos de mercador', viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual". (MAGALHÃES, Vladmir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, ano

Pode-se concluir, nessa senda, que, *prima facie*, está equivocada a pretensão do setor jurídico que pretende incorporar a teoria da cegueira deliberada ao direito penal brasileiro como instituto similar ou igual ao dolo eventual. Ademais, a pretensão de expansão do conceito de dolo acarreta na inobservância ao princípio da legalidade, reitor do direito penal.[73] Por fim, possível salientar, também, que a aplicação da *willful blindness* no Brasil, de forma irreflexiva, amolda-se ao mesmo ativismo judicial existente nos tribunais dos Estados Unidos da América, pois expande conceitos definidos legalmente, visando condenar agentes sem

17, v. 64, jan.-abr. 2014. p. 179-180). No mesmo sentido, Cruz: "Afastar a aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada é dar corpo a uma série de impunidades, que nenhum bem trará à sociedade, ao inverso, fomentará e dará coragem aos "mais espertos" para a prática do branqueamento de valores até o profissionalismo". (CRUZ, Raugir Lima. A aplicação da willful blindness doctrine na Lei 9.613/1998: a declaração livre e a vontade consciente do agente. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 9, 2011. p. 253); E, ainda, Cardoso e Mendes: "A cegueira deliberada só pode ser equiparada ao dolo eventual em casos de criação consciente e voluntária de artifícios que evitem o conhecimento de indícios sobre a origem ilícita de bens, ou seja, o agente tem a ciência que pode estar diante de algo ilícito, mas prefere fingir que nada sabe sobre isso". (MENDES, Isabella Souto; CARDOSO, Rafhaella. Limites da consciência da ilicitude nos crimes econômicos: a cegueira deliberada. *Revista Direito & Realidade*, Monte Carmelo, ano 6, n. 5, 2018. p. 22). No mesmo viés, também o posicionamento de Saraiva: "Ao ser realizado o crime de lavagem de bens, caso se verifique ter o autor atuado com dolo eventual, assumindo o risco da realização do resultado típico ao ignorar propositalmente a ilicitude da situação em que está inserido, procurando não se aprofundar nas circunstâncias do fato que pratica ou que deixa praticarem, incidirá no delito de lavagem de bens como autor por aplicação simples e direta da Teoria da Cegueira Deliberada", e linhas adiante, a autora conclui ainda: "Foi amplamente comprovado ao longo da pesquisa ser possível a utilização da Teoria da Cegueira Deliberada como forma de responsabilização penal de autores, partícipes e sujeitos obrigados pelos crimes de lavagem de bens que os cometessem por meio do dolo eventual alegando ignorância sobre a ilicitude de seus atos. Da ampla análise dos dispositivos do Código Penal e da própria Lei de Lavagem que discorrem sobre responsabilização penal de agentes delitivos, restou demonstrado não haver óbice em nosso ordenamento jurídico à aplicação da Teoria da Avestruz aos crimes de lavagem de bens, contanto que sejam eles responsabilizados por meio do dolo eventual e respeitadas as garantias processuais e penais dos indivíduos". (SARAIVA, Ingrid Belain. *A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. p. 26-33. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2159?show=full]. Acesso em: 20.08.2017).

73. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpendi Law Review*, Braga, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 454.

o conhecimento pleno do fato.[74] Logo, a aplicação de teoria estrangeira, visando expandir os limites da imputação subjetiva, e, ainda, dar contornos mais eficientistas à justiça criminal, não encontra respaldo no sistema de garantias existente no ordenamento jurídico-penal brasileiro.[75]

4. Apontamentos sobre os limites de responsabilização subjetiva no direito penal brasileiro[76]

Para melhor estruturar o estudo e a compreensão da responsabilidade subjetiva no direito penal brasileiro, com vistas a dar bases à resposta ao problema de pesquisa, faz-se necessário abordar analiticamente o tipo subjetivo[77], isto é, delinear os conceitos dogmáticos das modalidades de dolo e culpa desenhados pela dogmática e pela legislação penal nacional. Em outros termos, é dizer que se entende como fundamental ao trabalho delimitar principalmente o conceito do dolo eventual, para, ao final, tornar possível a elaboração de considerações sobre a viabilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada enquanto possível elemento inerente à tipicidade subjetiva.

De início, sublinhe-se que no Brasil, pela leitura do artigo 18, inciso I, do Código Penal, o crime será considerado "doloso, quando o agente quis o resultado

74. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, jul. 2017. p. 31.

75. MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpendi Law Review*, Braga, ano 3, n. 2, jul.-dez. 2017. p. 457.

76. O estudo nesse tópico é realizado com base na revisão bibliográfica sobre os conceitos de dolo e culpa, sem, no entanto, aprofundar nas discussões havidas na dogmática penal sobre as correntes teóricas que fundamentam a responsabilidade subjetiva, por razões metodológicas de espaço e objetivo do trabalho. Para tanto, indica-se as seguintes obras sobre as teorias do dolo: VIANA, Eduardo. *O dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017; COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

77. Para Bitencourt, "o tipo subjetivo abrange todos os aspectos subjetivos do tipo de conduta proibida que, concretamente, produzem o tipo objetivo. O tipo subjetivo é constituído de um elemento geral – dolo – que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – intenções e tendências –, que aos elementos acidentais, conhecidos como elementos subjetivos especiais do injusto ou do tipo penal". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 355).

ou assumiu o risco de produzi-lo"; assim, tem-se que esse é o marco legislativo a respeito da curvatura máxima da responsabilidade subjetiva; enquanto, de outro lado, em relação à culpa, o inciso II, do mesmo artigo aponta que o delito será "culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia", configurando, desse modo, a extremidade mínima de responsabilização.[78] Há, ainda, outra referência legal ao dolo, prevista no artigo 20 do Código Penal, o qual versa sobre o erro em relação aos elementos do tipo, e refere que "o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei".[79]

Sob essa perspectiva, verifica-se que o Código Penal brasileiro traz uma definição legal do que se deve entender por dolo.[80] Logo, compreende-se que o delito doloso é a modalidade de injusto na qual está caracterizada a vontade livre e consciente do agente em praticar a conduta tipicamente descrita, ou seja, realizar a ação descrita no verbo nuclear, com intento criminoso, querendo o resultado.[81]

78. "Art. 18. Diz-se o crime: I – dolo, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; 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." (BRASIL. *Decreto-Lei 3.689*, de 3 de outubro de 1941: Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro. 03 out. 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 10.09.2018).

79. "Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. § 2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime." (BRASIL. *Decreto-Lei 3.689*, de 3 de outubro de 1941: Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro. 03 out. 1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm]. Acesso em: 10.09.2018).

80. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 209.

81. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 355; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 364; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 209; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 68;

Diz-se, portanto, que o dolo é "a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto".[82]

Com efeito, considerando que o dolo é conceituado como sendo a vontade livre e consciente que enseja a realização do tipo, a dogmática entende que ele abarca dois elementos internos, os quais são tidos como sendo os aspectos cognoscitivo e volitivo do dolo.[83] Nessa senda, conforme leciona Bitencourt, o primeiro elemento, cognitivo, "é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica",[84] enquanto o segundo, volitivo, seria a "vontade de realizá-la".[85] A respeito do elemento intelectual – consciência –, entende-se que esse

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 269; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*: parte geral. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 290; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 481; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66; GRECO, Rogério. *Direito penal*: lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 163; WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 73-74; ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. p. 415.

82. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 481.

83. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 356; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 365; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 209; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal*: parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 68; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 270; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed RT, 2001. p. 481; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 163; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 73-74; ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 415.

84. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 356.

85. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 356. Ainda, nesse sentido: "A ciência do Direito Penal moderna, após anos de estudos, e sob o impulso do pensamento finalista, explicita ser

deve ser atual, ou seja, estar presente no momento da ação do agente, enquanto o delito é cometido.[86]Fragoso, ao abordar sobre isso, adverte que "o dolo deve dominar a ação realizada e, pois, existir no instante em que ela é empreendida"[87]. Dessa forma, entende-se que o elemento cognitivo do dolo reside especificamente no conhecimento atual do sujeito, ou seja, na percepção do mundo exterior e de todas as circunstâncias que envolvem a conduta.[88]

De outro lado, em relação ao elemento volitivo, entende-se que esse consiste na soma da conduta do agente, do resultado e do nexo causal, isso porque, a ação deve ser resultado da vontade do sujeito em praticar a conduta contida na descrição típica, ou seja, influir no nexo causal para chegar a determinado efeito, por exemplo, a morte de alguém.[89] Nas palavras de Fragoso, entende-se que "a vontade de realização da conduta típica compreende aquilo que o agente pretende alcançar como objetivo de sua ação".[90] Logo, é possível dizer que o dolo só estará completo quando a conduta do agente abarcar, além do conhecimento, a vontade do agente de realizar todos os componentes do delito tipicamente descrito.[91]

Todavia, insta frisar que, tendo em vista a existência do elemento volitivo no interior do dolo, esse acaba por se dividir em duas espécies, devido, sobretudo, à intensidade da vontade consciente do sujeito em praticar a conduta típica.[92]

---

o dolo – elemento subjetivo geral do injusto -, consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo (tipo objetivo). Compõe-se de um momento intelectual (conhecimento do que se quer) e de um momento volitivo (decisão no sentido de sua realização). Esses elementos ou fatores que configuram a ação típica real formam o dolo". (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 372).

86. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 358.
87. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 210.
88. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 68.
89. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 359-360.
90. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211.
91. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 271.
92. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211.

Desse modo, aponta-se que o dolo se fragmenta em dolo direto – de primeiro e segundo graus – e dolo eventual, também chamado de indireto.[93] Por dolo direto, entende-se como sendo a modalidade na qual o agente tem a intenção de realizar a conduta descrita como proibida, ou seja, sua vontade é toda voltada à realização do fato típico.[94] Como adverte Prado, nessa modalidade de dolo "o agente quer o resultado como fim de sua ação e considera unido a esta última, isto é, o resultado produz-se como consequência de sua ação (vontade de realização)".[95] Assim, o dolo direto estará presente na ação do agente que se propõe a realizar a conduta que configura o injusto penal.[96]

Em tal perspectiva, segundo Bitencourt aponta, o dolo direto apresenta três aspectos, sendo:

> "1) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias; e) o querer da ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução; 3) anuir na realização das consequência previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios".[97]

93. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 360; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 368; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 70; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 273; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. 2. ed. Tradução: André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 298; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 75; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 415.

94. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 70-71.

95. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 368.

96. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211.

97. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 360.

Diante dessa perspectiva e também do entendimento apontado pela doutrina, o dolo direto pode ser dividido em duas espécies: dolo direto de primeiro grau e dolo direto de segundo grau – ou dolo imediato e mediato.[98]

Por dolo direto de primeiro grau, entende-se como aquele no qual estão presentes o fim proposto e os meios escolhidos pelo agente, enquanto no de segundo grau existem efeitos colaterais na conduta, não desejados, mas aceitados pelo autor.[99] Isto é, no dolo direto de primeiro grau, ou imediato, a atuação do agente visa a realização do tipo objetivo, ou seja, a prática do delito, enquanto no dolo direto de segundo grau, ou mediato, a produção do resultado, na visão do autor do fato, está intrinsicamente ligada ao alcance do fim inicialmente querido.[100] Exemplificativamente, pode-se citar, primeiro, a situação na qual o agente, querendo ferir alguém, desfere socos contra a pessoa – dolo direto de primeiro grau; em segundo, a circunstância em que o agente quer a morte de um desafeto, e, para tanto, corta os cabos do freio do veículo no qual a vítima irá tripular,

98. Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 369; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 68; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 273-274; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 497-498; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 166; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 73-74; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 415.

99. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 360; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 211; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 71; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 274; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 166; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 73-74; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 415-416.

100. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 369.

acompanhada da sua família, vindo todos a falecer (efeitos colaterais) em decorrência da conduta inicial – aqui se configura, portanto, o dolo direto de segundo grau.[101]

Ainda, importante conceituar o dolo eventual, figura presente no texto do artigo 18, inciso I, *in fine*, do Código Penal, e que se configura quando o agente não quer diretamente a realização do tipo objetivo, contudo, assume o risco, e acaba aceitando como possível ou provável o resultado.[102] No dolo eventual, pode-se referir que o indivíduo tem diante de si um resultado previsível, entretanto, embora não se conforme com o desfecho, atua apesar disso; além disso, o verbo

101. Nesse sentido: "Quando se trata do fim diretamente desejado pelo agente, denomina-se dolo direto de primeiro grau, e, quando o resultado é desejado como consequência necessária do mal escolhido ou da natureza do fim proposto, denomina-se dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias. As duas modalidades de dolo direto (de primeiro e de segundo graus) são abrangidas pela definição do Código Penal brasileiro (art. 18, I, primeira parte)". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 361). Ainda, conforme Prado: "A distinção entre essas duas modalidades de dolo direto reside no fato de que no dolo direto mediato não é indispensável que o agente tenha como certa ou segura a produção do resultado, sendo suficiente que este último vá necessariamente unido à consecução do objetivo. Embora não vise à ocorrência de determinados efeitos secundários, sua verificação aparece como consequência necessária, indispensável, de sua conduta, e, por isso, é também abrangida pela vontade de realização, pela finalidade. A previsão do resultado emerge como uma 'autêntica ponte entre o querer do autor e a realização do tipo', e não apenas como condição da vontade de agir". (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 370).

102. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 362; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 370; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 78; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 72; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 274; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. 2. ed. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 299; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001., p. 498; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 167; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 75; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 424.

"querer" acaba sendo o ponto central do elemento, sobretudo pelo fato de que é devido a isso que ocorre a diferenciação entre o dolo e a culpa.[103] Assim, como bem sintetiza Bitencourt, para a existência do dolo eventual "é indispensável uma determinada relação de vontade entre o resultado e o agente: a anuência ao resultado, isto é, aceitá-lo como provável, sem se importar com sua ocorrência, sendo-lhe indiferente".[104]

Nesse caminhar, é possível dizer, portanto, que, embora na prática o agente seja responsabilizado igualmente, sendo indiferente se agiu de com dolo direto ou eventual, verifica-se, pela leitura dogmática, que a primeira modalidade é considerada mais gravosa em questão de responsabilidade subjetiva, enquanto a segunda, apesar de o agente dar de ombros ao resultado, não se tem total intenção de atingir a conduta tipicamente descrita.[105] Por conta disso, praticamente falando dentro do processo penal, fica sob a incumbência do magistrado na sentença sopesar sobre a maior ou menor reprovabilidade da conduta do agente, observando-se, para tanto, a vontade do agente a partir do elemento psicológico presente na ação conforme demonstrar a prova existente nos autos.[106]

---

103. Para Fragoso, "assumir o risco significa prevê o resultado como provável ou possível e aceitar ou consentir sua superveniência. O dolo eventual aproxima-se da culpa consciente e dela se distingue porque nesta o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita nem consente. Não basta, portanto, a dúvida, ou seja, a incerteza a respeito de certo evento, sem implicação de natureza volitiva. O dolo eventual põe-se na perspectiva da vontade, e não da representação, pois esta última pode conduzir também a culpa consciente". (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212); Para Pacelli e Callegari: "Salienta-se que, aqui, não há o direcionamento da vontade do agente à consecução do resultado ou, ainda, a convicção de que o resultado necessariamente advirá da conduta realizada. Se assim fosse, estaríamos diante de dolo direto. No dolo eventual, a ocorrência do resultado é tomada, pelo agente, como possível decorrência de seu agir e, diante disso, o sujeito não rejeita essa possibilidade e prossegue sua conduta, não se importando com a ocorrência, ou não, do resultado. Assim, o dolo eventual, por ser espécie do dolo, não se consubstancia pela mera possibilidade, probabilidade ou necessidade do resultado, mas por uma representação dessa possibilidade somada a uma atitude do sujeito diante dessa representação, que aqui é compreendida pela atitude de indiferença". (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 274).

104. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 363.

105. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

106. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 212.

De outra banda, na extremidade contrária do tipo subjetivo está situada a culpa, considerada como a modalidade de responsabilização subjetiva de menor intensidade, porquanto constituída a partir de uma conduta voluntária do agente ocasionada sem a intenção de produzir o resultado típico, ou seja, que inicialmente visava atingir um fim lícito.[107] Na visão de Bitencourt, a culpa "decorre da realização de uma conduta não diligente, isto é, descuidada, causadora de uma lesão ou de perigo concreto a um bem jurídico-penalmente protegido".[108] Assim, o delito culposo é uma modalidade excepcional de responsabilização subjetiva do sujeito, pois apenas quando a lei penal expressamente prevê é que poderá haver punição a título de culpa; em outras palavras, o dolo é a regra no direito penal brasileiro, enquanto a punição culposa apenas pode ocorrer desde que prevista no texto legal.[109] Ademais, o delito culposo também se distingue do doloso devido à ausência de elementos internos em sua estrutura, sendo, desse modo, uma figura puramente normativa; assim, para a existência do crime culposo é preciso observar a existência de elementos normativos que dão sentido à conduta do agente, tais como imprudência, negligência ou imperícia.[110]

---

107. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 373; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 376; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 80; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 86; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 276; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 312-313; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 506; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 171-172.

108. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 372.

109. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 74.

110. Conforme Fragoso, "como em tais crimes não há vontade dirigida no sentido do resultado antijurídico (embora exista vontade dirigida a outros fins, em geral lícitos), a ação delituosa que a norma proíbe é a que se realiza com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, violando um dever objetivo de cuidado, atenção ou diligência, geralmente imposto na vida de relação, para evitar dano a interesses e bens alheios e que conduz, assim, ao resultado que configura o delito." (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 271-272). Por imprudência, tem-se que é "a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e tem caráter comissivo. É a imprevisão ativa (*culpa in faciendo* ou *in committendo*). Conduta imprudente é aquela que se caracteriza pela intempestividade, precipitação, insensatez ou imoderação do

Anote-se, ainda, que um dos fundamentos da responsabilização penal culposa reside no suposto desprezo que o agente acaba tendo perante bens jurídicos alheios, uma vez que, ao agir de forma imprudente, negligente ou com imperícia, acaba não pensando na possível lesão que poderia causar.[111] Diante desse cenário, a dogmática faz a divisão do tipo de injusto culposo em duas modalidades, ficando, portanto, a culpa dividida em consciente e inconsciente.[112] Na chamada culpa consciente, o agente tem conhecimento a respeito da periculosidade da conduta, e, ainda, prevê o resultado como possível, porém, age sem o devido cuidado a que estava obrigado, devido à confiança na não ocorrência de conduta criminosa.[113] Assim, como coloca Fragoso, "na culpa consciente o agente prevê o possível resultado e age confiante em que não sobrevirá".[114] No mesmo sentido,

agente". [...] Por negligência, tem-se que: "é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação (*culpa in ommittendo*). *É* não fazer o que deveria ser feito antes da ação descuidada". Ao fim, por imperícia entende-se como "a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício de arte, profissão ou ofício. A inabilidade para o desempenho de determinada atividade fora do campo profissional ou técnico tem sido considerada, pela jurisprudência brasileira, na modalidade de culpa imprudente ou negligente, conforme o caso, mas não como imperícia. Imperícia, por outro lado, não se confunde com erro profissional". (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 380-381).

111. BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 313.

112. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 381; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: 2007. v. I. p. 377; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 80; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 95; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 276; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 517; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 77-78; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 182.

113. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 382; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 380; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed São Paulo: Atlas, 2015. p. 77; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 182.

114. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 279.

Zaffaroni e Pierangeli advertem que "chama-se culpa com representação, ou culpa consciente, aquela em que o sujeito ativo representou para si a possibilidade da produção do resultado, embora tenha rejeitado, na crença de que, chegado o momento, poderá evita-lo ou simplesmente ele não ocorrerá".[115]

Em relação à culpa inconsciente, esta configura-se quando a ação do agente ocorre sem qualquer previsão do resultado lesivo, ou seja, a atuação se dá sem a percepção da periculosidade, sem qualquer vontade na produção do resultado lesivo.[116] Em outras palavras, na culpa inconsciente, o autor não prevê e não quer o resultado e, apesar disso, há um desfecho final, uma consequência que lesa um bem jurídico, apesar da total falta de vontade nesse sentido.[117] Em síntese, nessa modalidade culposa não havia nenhuma previsão sobre o resultado possível, tampouco há representação de ocorrência da conduta descrita no tipo penal, por desleixo ou desatenção do agente.[118]

No entanto, apesar da divisão exposta, empiricamente é difícil concluir qual modalidade de culpa estará presente no caso concreto, na medida em que, além da dificuldade em sua comprovação, na visão de Bitencourt, não há diferença "entre não prever um resultado antijurídico quanto prevê-lo, confiando, levianamente, na sua não ocorrência, se este, de qualquer sorte, se verificar".[119] A conclusão trazida abre espaço à discussão sobre a similaridade entre os conceitos de dolo eventual e culpa consciente, debate que constitui até hoje um dos mais tormentosos da Teoria do Delito, e que, embora não seja objeto do artigo, a exposição é válida, mesmo que *en passant*, para situar claramente onde reside o dolo

115. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 517.

116. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 383; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 279; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 277; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 182.

117. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 95-96.

118. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 383.

119. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 381. Conforme Bacigalupo, a diferenciação pode ser feita da seguinte forma: "Existirá culpa consciente quando o erro do autor recaia sobre o caráter concreto do perigo e culpa inconsciente quando o erro recair sobre a existência do perigo". (BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal:* parte geral. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 318).

eventual e qual sua complexidade.[120] O problema é resultado, principalmente, do elemento ínsito aos dois institutos, vez que, como restou demonstrado nos parágrafos anteriores, tanto a culpa consciente quanto o dolo eventual possuem a previsão do resultado como ponto crucial de responsabilização.[121] Apesar disso, embora a previsibilidade esteja presente em ambas as situações, não se confundem, posto que, no dolo eventual, o agente assume o risco da produção do resultado lesivo, praticamente dando de ombros à possível lesão ao bem jurídico, enquanto na culpa consciente o autor afasta a ideia da produção do resultado, acreditando que é capaz de impedir o resultado danoso.[122] Portanto, no dolo eventual o sujeito consente com o resultado, praticamente optando pela sua produção, ao passo que, na culpa consciente, o agente afasta a possibilidade do resultado, ao agir com a ideia de que nada ocorrerá, apesar da assunção do risco, de tal forma que acaba sendo possível concluir que a diferença está situada precisamente na aceitação ou não do resultado danoso ao bem jurídico.[123]

120. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 385.

121. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*.7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 380.

122. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 385; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I. p. 380; DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 79; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 96; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 278; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 517; BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 77-78; GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p. 182-185; WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956. p. 75; ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I. p. 425-444.

123. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I. p. 386. Apesar do debate exposto, segundo Zaffaroni e Pierangeli, essa problemática está situada mais no campo processual do que no penal, porquanto é um problema inerente à prova da representação do agente a respeito da conduta, e que, sobrevindo a dúvida a respeito da aceitação ou rejeição da possibilidade de produção, a decisão deverá ser tomada em favor do réu, com base no *in dubio pro reo*. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 499).

Enfim, diante das considerações tecidas nesse ponto do texto, somadas à abordagem sobre a *willful blindness doctrine* anteriormente realizada, é possível referir que a teoria da cegueira deliberada e os demais elementos existentes no *Model Penal Code* norte-americano não coincidem com os institutos de responsabilização subjetiva existentes no direito penal brasileiro.[124] A utilização da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais brasileiros é, por conta disso, equivocada, pois o direito penal nacional, como bem delineado, conta com categorias próprias de responsabilização subjetiva – dolo direto (de primeiro e segundo graus), dolo eventual e culpa (consciente e inconsciente).[125] Desse modo, não há necessidade de importação e utilização da *willful blindness doctrine* pelos tribunais brasileiras, na medida em que, além de o campo do direito penal pátrio possuir categorias de responsabilização subjetiva diferentes do direito criminal norte-americano, não se pode, sob nenhum pretexto, flexibilizar ou expandir os conceitos de dolo e culpa, pois tais elementos, conforme se lê pela dogmática e pelo Código Penal, não possuem lacunas a serem preenchidas, tal como no direito criminal norte-americano.[126]

5. Considerações finais

Em primeiro lugar, conclui-se rememorando que a *willful blindness doctrine* surgiu em julgamentos realizados nas cortes inglesas durante o Século XIX, e

124. Em complemento: "O direito penal americano não conhece o dolo eventual ou a culpa consciente, não havendo como desenvolver uma categoria intermediária entre tais conceitos, que possa ser simplesmente transplantada ao direito penal continental como alguma espécie de resolução da recorrente discussão sobre o limite entre dolo e culpa". (LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 177-178. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018).

125. LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 82-84. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.

126. Nesse sentido, Greco expõe: "La mayor parte de los presuntos casos de ignorancia deliberada son casos em los que o bien no existe tal ignorancia, y si la acción que inmediatamente realiza el tipo es practicada con conciencia de la posibilidad de un riesgo, lo que es suficiente para el dolo eventual; o bien en que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento, de modo que el comportamiento previo justificará la responsabilidad por dolo, según los principios de la autoría mediata/de la actio libera en causa/del delito a distancia. Ya sea por vía directa o por vía indirecta, existe aquí dolo eventual y no ignorancia." (GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discussiones XXIII*, Córdoba, ano 13, v. 2, 2013. p. 70).

posteriormente foi transportada para os tribunais dos Estados Unidos da América, onde, nas últimas décadas, por conta do surgimento do *Model Penal Code*¸ da adoção de políticas de tolerância zero, assim como pelo ativismo judicial, teve maior aplicação e levou à condenação de agentes, gerando alguns *leading cases* destacados ao longo do estudo. Logo, demonstrou-se que a teoria da cegueira deliberada é construção jurisprudencial, algo tipicamente originado no direito criminal do *common law*, e que isso, por si só, a torna completamente diferente dos institutos jurídicos existentes no direito penal brasileiro.

Além disso, notou-se que a utilização da teoria da cegueira deliberada nas cortes norte-americanas, sobretudo desde as décadas de 1960 e 1970, com o surgimento do *Model Penal Code* e da *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, respectivamente, tornou-se um instituto muito utilizado para suprir lacunas de responsabilização subjetiva e possibilitar a condenação de agentes, praticamente de forma ativista e como medida de política criminal, como bem ressaltado. A possibilidade de condenação com base na teoria ocorreu, principalmente, pela existência do termo *high probality* nos itens 2.02.7 e 2.02.8 do *Model Penal Code*, que abre a possibilidade para que os juízes norte-americanos fundamentem a condenação com base no simples argumento da "alta probabilidade" que o agente tinha de conhecer a conduta criminosa. Em outras palavras, apesar de argumentar em sua defesa que não tinha ciência da conduta delituosa ou de todos os seus elementos, o indivíduo pode ser condenado sob o fundamento de que tinha a possibilidade, diante de determinada circunstância, de conhecer a conduta criminosa e, por conta disso, merece a responsabilização criminal.

Ademais, mostrou-se que a teoria da cegueira deliberada, embora tenha sido importada no direito penal brasileiro – e espanhol –, não possui bases teóricas no sistema jurídico-penal do Brasil. Primeiro, porque a estrutura do direito penal brasileiro está baseada no princípio da legalidade, o que a torna completamente diferente da norte-americana, haja vista que esta última existe a partir do *common law*, de precedentes e de códigos que não possuem força cogente – como é o caso do *Model Penal Code*. Em segundo lugar, as definições da *willful blindness doctrine*, sejam aquelas existentes nas decisões dos tribunais, sejam as previstas no *Model Penal Code*, são completamente diferentes aos conceitos dos elementos de responsabilização subjetiva existentes no direito penal brasileiro.

Assim, para não fugir ao rigor metodológico, menciona-se que as hipóteses[127] elencadas nas linhas iniciais do artigo foram testadas e podem ser respondidas

127. *(i)* Impossibilidade de utilização da *teoria da cegueira deliberada* no direito penal brasileiro diante das categorias próprias de responsabilização subjetiva – elementos do tipo

dizendo que, diante dos conceitos aqui conhecidos de dolo e de culpa, suficientes à responsabilização de alguém, faz-se totalmente prescindível a importação e utilização da teoria da cegueira deliberada, sobretudo considerando a forma como isso vem ocorrendo, isto é, sem maiores reflexões e de modo totalmente acrítico. Outrossim, não há nenhuma possibilidade de a *willful blindness doctrine* ser considerada como um elemento entre os previstos no direito penal brasileiro, como pretende determinado setor, ao conceituá-la como igual ao dolo eventual, isso porque o conceito da teoria é completamente diferente do conceito de dolo eventual, razão pela qual a simbiose realizada pelas cortes brasileiras é equivocada. Além do mais, cabe deixar claro que não existem lacunas de responsabilização subjetiva a serem colmatadas no direito penal nacional, pois, pode-se dizer, exemplificativamente, que se em determinado caso concreto não tiver sido comprovada a existência de dolo ou culpa, o caminho a ser seguido é o da absolvição, e não o acoplamento de institutos como a *willful blindness doctrine* para delimitar uma responsabilização subjetiva inexistente.

Em última análise, pode-se dizer que além das considerações apresentadas, outros questionamentos surgem diante da utilização da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro. Nesse cenário, desenha-se, ainda dentro da dogmática penal, perguntas referentes à utilização da *willful blindness doctrine* perante o crime tentado; assim como diante do erro de tipo, previsto no artigo 20 do Código Penal; ainda, no campo processual, é possível realizar reflexões a respeito das implicações na atividade probatória desenvolvida pelas partes. Portanto, vê-se que o debate não está estanque, e a importação da *willful blindness doctrine* ao direito penal nacional abre espaço para novas discussões dogmáticas, as quais poderão ser aprofundadas em trabalhos posteriores.

Referências bibliográficas

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Model Penal Code*. Filadélfia: American Law Institute, 1962. Disponível em: [www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/western-europe-others/UnitedStatesofAmerica/Model%20Penal%20Code%20United%20States%20of%20America%201962.pdf]. Acesso em: 20.08.2018.

subjetivo previstos no Código Penal nacional e na dogmática; e *(ii)* prescindibilidade da utilização da *teoria da cegueira deliberada* para fundamentar a existência do dolo eventual na conduta de um agente que comete um ilícito descrito na norma penal, pois, se verificado que apesar da proibição, a ação foi realizada com conhecimento sobre as circunstâncias do fato delituoso e assunção do risco, torna-se desnecessário o emprego do instituto estranho ao ordenamento jurídico-penal – cegueira deliberada – para fundamentar a responsabilidade subjetiva.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*: parte geral. Trad. André Estefam. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. I.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzettti. A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário brasileiro: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 133, p. 17-35, jul. 2017.

COSTA, Pedro Jorge. *Dolo penal e sua prova*. São Paulo: Atlas, 2015.

CRUZ, Raugir Lima. A aplicação da *willful blindness doctrine* na Lei 9.613/1998: a declaração livre e a vontade consciente do agente. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 9, p. 241-258, 2011.

DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DRESCH, Márcia de Fátima Leardini Vidolin; SILVA, Douglas Ribeiro da. Lavagem de dinheiro: um estudo sobre a teoria da cegueira deliberada e a possibilidade de responsabilização do advogado, p. 176-211 In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion (Org.). *Direito penal econômico:* administrativização do direito penal, criminal *compliance* e outros temas contemporâneos. Londrina: Thoth, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discussiones XXIII*, Córdoba, ano 13, v. 2, p. 67-78, 2013.

GRECO, Rogério. *Direito penal:* lições. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

KLEIN, Ana Luiza. A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro. *Anais do 3º Congresso Internacional de Ciências Criminais*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: [http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf]. Acesso em: 25.07.2018.

LIMA, Gabriela de Aguillar. A ignorância proposital e a imputação subjetiva em situações prováveis: breves considerações acerca da teoria da cegueira deliberada. *Caderno IEP*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-27, jun., 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo*: o problema da chamada "cegueira deliberada". Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/49523]. Acesso em: 20.08.2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. As armadilhas da "teoria" da cegueira deliberada na jurisprudência nacional. *Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais*: criminologia global. Porto Alegre, 2017. Disponível em: [www.tirant.com/br/libro/anais-do-8-congresso-internacional-de-ciencias--criminais--pucrs-vol6-augusto-jobim-do-amaral-9788594771568]. Acesso em: 25.07.2018.

MAGALHÃES, Vladmir Costa. Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, ano 17, v. 64, p. 164-186, jan.-abr., 2014.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque; HERNANDES, Camila Ribeiro. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? *Conpendi Law Review*, Braga, ano 3, n. 2, p. 441-461, jul.-dez. 2017.

MENDES, Isabella Souto; CARDOSO, Rafhaella. Limites da consciência da ilicitude nos crimes econômicos: a cegueira deliberada. *Revista Direito & Realidade*, Monte Carmelo, ano 6, n. 5, p. 15-26, 2018.

MOSER, Manoela Pereira. A teoria da cegueira deliberada no direito penal econômico. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, ano 52, v. 108, p. 166-182, jan.-jun. 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. I.

RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en derecho penal. *Discusiones*, Córdoba, ano 13, v. 2, p. 11-38, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Buenos Aires: Civitas, 1997. t. I.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, ano 3, p. 1-28, jul. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de direito penal:* parte geral. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARAIVA, Ingrid Belain. *A cegueira deliberada e a responsabilização penal no crime de lavagem de bens*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016. Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/2159?show=full]. Acesso em: 20.08.2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, v. 122, p. 255-280, ago. 2016.

SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VIANA, Eduardo. *O dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIEIRA, Andersson; FAYET, Fábio Agne. Da culpabilidade: considerações a partir da discussão existente na dogmática jurídico-penal brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, ano 6, n. 1, p. 1-22, 2018.

WELZEL, Hans. *Derecho penal:* parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A cegueira deliberada da *common law* à *civil law* e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores, de André Luís Callegari e Ariel Barazzetti Weber – *RBCCrim* 133/17-35 (DTR\2017\1841);
- Cegueira voluntária: uma engenhoca estranha e perigosa, de Luiz Regis Prado e Luís Roberto Gomes – *RT* 1007/227-256 (DTR\2019\35661); e
- Teoria da cegueira deliberada: um risco à advocacia brasileira?, de Daniela Carvalho Portugal e Marina Azevedo Schubert – *RBCCrim* 159/109-147 (DTR\2019\39939).

Da liberdade à violência sexual: uma análise do bem jurídico e do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual

From liberty to sexual violence: an analysis of legal asset and consent in crimes against sexual freedom

Gisele Mendes de Carvalho

Pós-doutora e Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá. Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Diretora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Maringá. ORCID: 0000-0002-2307-7217.
giselemendesdecarvalho@yahoo.es

Isadora Vier Machado

Pós-Doutora pela University of San Francisco. Doutora em Ciências Humanas pela UFSC. Mestre em Direito, Estado e Sociedade, também pela UFSC. Professora adjunta de Direito Penal e Criminologia na Universidade Estadual de Maringá. ORCID: 0000-0002-4987-5073.
isadoravier@yahoo.com.br

Luciele Mariel Franco

Mestranda em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Bolsista de Mestrado pelo CNPq. ORCID: 0000-0002-7955-0915.
lucielemfranco@gmail.com

Recebido em: 25.04.2019
Aprovado em: 30.09.2019
Última versão das autoras: 06.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O cenário brasileiro atual, no que concerne às violências sexuais, segue marcado pela culpabilização das vítimas e pela normalização do comportamento sexual violento dos homens. À vista disso, este trabalho, ao centrar-se nos crimes contra a liberdade sexual, estabelece como foco

Abstract: The current Brazilian scenario, in consideration to sexual violence, is marked by the blame culture of the victims and the normalization of violent sexual behavior of men. In view of this, this work, by focusing on crimes against sexual freedom, aims to analyze the protected legal

Carvalho, Gisele Mendes de; Machado, Isadora Vier; Franco, Luciele Mariel.
Da liberdade à violência sexual: uma análise do bem jurídico e do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 163. ano 28. p. 197-238. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

a análise do principal bem jurídico tutelado e do consentimento da(o) ofendida(o), enquanto expressão da autonomia e autodeterminação do indivíduo na esfera sexual. Assim, objetiva-se delinear um norte de análise das condutas que podem ser enquadradas nos referidos crimes, ao se propor uma leitura ampla da liberdade sexual e uma interpretação restritiva do consentimento, a partir de seus requisitos de validade e eficácia. Por conseguinte, pondera-se a necessidade do afastamento de interpretações preconceituosas e moralizantes, por parte da sociedade e do sistema de justiça criminal, que constantemente afligem, sobretudo, as mulheres, dado o cenário marcado pela chamada cultura do estupro. Para tanto, foi utilizado o método lógico-dedutivo, em uma pesquisa exploratória e descritiva de modo transversal, conduzida a partir da análise de dados estatísticos e, principalmente, de bibliografias do Direito, da Sociologia, da Teoria Política Feminista e dos Estudos de Gênero, compondo um trabalho interdisciplinar.

Palavras-chave: Crimes contra a liberdade sexual – Consentimento da(o) ofendida(o) – Cultura do estupro – Liberdade sexual das mulheres – Direito e Gênero.

asset and the consent of the victim, as an expression of the individual's autonomy and self-determination in the sexual sphere. Thus, the objective is to outline the analysis of the conduct that can be framed in these crimes, by proposing a broad reading of sexual freedom and a restrictive interpretation of consent, based on its validity and effectiveness requirements. Therefore, considering the need to remove prejudiced and moralizing interpretations made by society and the criminal justice system – that constantly afflict especially women –, above all in the scenario marked by a so-called rape culture. The logical-deductive method was used in an exploratory and descriptive research in a transversal way, through the analysis of statistical data and, mainly, of Law, Sociology, Feminist Political Theory and Gender Studies bibliographies, composing an interdisciplinary work.

Keywords: Crimes against sexual freedom – Consent of the offended – Rape culture – Sexual freedom of women – Law and Gender.

Sumário: 1. Introdução. 2. A chamada cultura do estupro. 3. Bem jurídico tutelado: a liberdade sexual. 3.1. Proposta de uma leitura ampla da liberdade sexual. 4. Formas de atentado à liberdade sexual. 5. O consentimento penal: requisitos para sua validade. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os crimes contra a liberdade sexual, atualmente dispostos no Código Penal por meio dos artigos 213, 215, 215-A[1] e 216-A, correspondentes aos delitos de "estupro", "violação sexual mediante fraude", "importunação sexual" e "assédio sexual", respectivamente, apresentam-se como tipos descritivos de violações da liberdade sexual dos indivíduos, materializando-se na sociedade, no entanto,

1. Incluído pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.

como uma questão de gênero. Para compreender essa afirmação, primeiro, é necessário pontuar algumas considerações a respeito da categoria *gênero* e, na sequência, sobre as denominadas *violências de gênero*.

O conceito de gênero, incorporado de modo permanente, ainda que não consensual, na área acadêmica e nas pesquisas,[2] traz como base o entendimento de que as posturas hegemônicas do que é ser *masculino* e *feminino* nas diversas sociedades não advêm de características anatômicas ou biológicas, mas das representações social e culturalmente construídas, que atribuem modelos e papeis ligados a ideias dominantes do que é ser *homem* e do que é ser *mulher*.

Por conseguinte, é possível refletir como em cada sociedade foram sendo atribuídos valores e níveis hierárquicos na montagem dessas representações dominantes do *masculino* e *feminino*, de modo a constituir um conjunto de relações assimétricas entre pessoas[3], permeadas, ainda, por outras categorias sociais que se interseccionam e demarcam as vivências dos indivíduos, ainda que identificados pelo mesmo *gênero*. Deste modo, pondera-se como na sociedade ocidental o papel dominante foi histórica e majoritariamente atribuído a um modelo de *masculinidade* hegemônico, considerado superior, e o de dominado a um de *feminilidade* hegemônico, dito inferior[4], mesmo que esses não sejam os únicos modelos disponíveis e experienciados por todos os sujeitos.

Nesse contexto, as *violências de gênero* se configuram pelos abusos dentro das relações entre os indivíduos socialmente construídos, quando reflexos das assimetrias geradas pela forma como se estruturam as referidas categorias na sociedade, em especial as de *gênero*. Assim, destaca-se como as estruturações dessas categorias sociais, ao perpetuar representações de inferiorização e dominação, acabam por motivar e/ou legitimar socialmente relações violentas.

As violências sexuais, portanto, correspondem à referida configuração, uma vez que, de um lado, os corpos femininos, inferiorizados, sofrem constante objetificação, ao passo que o desejo masculino, valorizado, é utilizado como legitimador de condutas violentas.

---

2. BANDEIRA, Lourdes M.; AMARAL, Marcela. Violência, corpo e sexualidade: um balanço da produção acadêmica no campo de estudos feministas, gênero e raça/cor/etnia. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 5, 2017. p. 54.
3. HEILBORN. M. L. Gênero: um olhar estruturalista. In: PEDRO, J. M.; GROSSI, M. P. (Org.). *Masculino, Feminino, Plural:* gênero na interdisciplinaridade. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. p. 43-55.
4. Idem.

Como consequência, têm-se as taxas alarmantes de estupro verificadas na sociedade brasileira, onde foram registradas 60.018 ocorrências, somente no ano de 2017, o que representa uma média de aproximadamente 164,4 casos por dia, considerando-se somente os boletins de ocorrência confeccionados[5] e, portanto, não contabilizando as chamadas "cifras ocultas"[6], que são estimadas em aproximadamente 90% dos casos reais, dos quais aproximadamente 89% das vítimas são mulheres[7].

Dentro desse cenário, problematizando-se a necessidade de se repensar o ensino e a atividade jurídica sob uma perspectiva de gênero, em especial no que se refere aos delitos de cunho sexual, o presente trabalho parte da ideia de que, para a caracterização dos crimes contra a liberdade sexual, além da necessidade de se verificar a presença dos elementos constitutivos do tipo, bem como dos demais requisitos estabelecidos pela teoria finalista do delito, também é preciso considerar as particularidades de seus bens jurídicos, como a dignidade sexual e a liberdade sexual, como meio de garantir a proteção jurídica proposta. Ainda, postula que a verificação da presença do consentimento da(o) ofendida(o) deve ser acompanhada da análise de seus requisitos jurídicos de validade, excluindo-se as hipóteses de vícios ou circunstâncias que o afaste.

Nesse ponto, ressalta-se que, dentro de uma perspectiva sexual, o instituto jurídico do consentimento possui correlação direta com o preceito fundamental da liberdade, uma vez que representa a manifestação da autonomia e da autodeterminação do indivíduo. Por consequência, o estabelecimento de critérios jurídicos para a verificação de sua ausência ou de vícios em sua manifestação visa a afastar possíveis interpretações, jurídicas e sociais, carregadas por preceitos machistas e, até mesmo, misóginos.[8]

---

5. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*: Segurança Pública em Números, ano 12, 2018. p. 13.
6. O termo faz referência à diferença entre o número total de crimes cometidos em um determinado período e a criminalidade oficialmente detectada por meio das estatísticas policiais e judiciais.
7. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica diest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 6-7.
8. O machismo é o conjunto de crenças, comportamentos, atitudes e práticas sociais que, ao enaltecer o sexo masculino sobre o feminino, "justifica" e promove atitudes discriminatórias contra as mulheres. Está amparado na polarização dos papéis e estereótipos que definem o masculino e o feminino, bem como na estigmatização e desvalorização

Sendo assim, o principal objetivo intentado é delinear um norte de análise das condutas que podem ser enquadradas nos crimes contra a liberdade sexual, ao se estabelecer como centro uma visão ampliada do bem jurídico principal e uma interpretação restritiva do consentimento.

Por conseguinte, o próximo tópico deste trabalho apresenta algumas considerações a respeito da realidade brasileira no que tange às violências sexuais, de modo a expor a problemática da chamada *cultura do estupro*, buscando-se evidenciar a prática constante de interpretações preconceituosas e moralizantes do comportamento social feminino, bem como da invisibilização e/ou normalização do comportamento sexual violento dos homens. Após essa contextualização, verificando-se a necessidade de se pôr em foco a liberdade sexual, em especial a das mulheres, o tópico 3 visa à análise do principal bem jurídico tutelado pelas normas em estudo, propondo uma visão mais ampla da liberdade sexual, para que os objetivos constitucionais de garantia de direitos sejam resguardados pelo Estado. Na sequência, o tópico 4 estabelece as possíveis formas de atentado a esse bem jurídico, com suas respectivas correspondências entre os crimes contra a liberdade sexual tipificados no Brasil. Por fim, ao tratar do consentimento da(o) ofendida(o), enquanto elemento essencial de análise comum aos delitos sexuais, o último tópico expõe os seus requisitos de validade e eficácia, por meio dos critérios definidos juridicamente, pautando-se, para tanto, na análise já realizada do bem jurídico liberdade sexual.

Assim, propõe-se que, para uma mudança de paradigma no que tange à análise dos referidos crimes contra a liberdade sexual, o bem jurídico tutelado pela norma deve ser posto como objeto central, de modo que, a partir dele, outras análises possam ser feitas nos casos reais, como a verificação da presença de estruturas sociais de opressão ou, ainda, da presença (ou não) do consentimento da(o) ofendida(o), levando-se em conta os requisitos jurídicos para sua existência.

Pontua-se, ainda, que para a construção deste artigo foi utilizado o método de abordagem lógico-dedutivo, em uma pesquisa exploratória e descritiva de modo transversal, conduzindo-a por meio da análise de dados estatísticos e, principalmente,

do feminino propriamente dito. Por sua vez, a misoginia caracteriza-se pela repulsa, desprezo ou ódio contra as mulheres, sendo uma forma de aversão mórbida, ideológica e/ou patológica ao sexo feminino, frequentemente dirigida àquelas que não correspondem e/ou rejeitam um certo "ideal" do que significa ser mulher. É manifestada de várias formas diferentes, desde piadas, pornografia e violência ao autodesprezo que as mulheres são ensinadas a sentir pelos seus corpos. Deste modo, a misoginia introjeta o machismo e envolve um forte conteúdo emocional à base de repulsa e aversão.

de bibliografias do Direito, da Sociologia, da Teoria Política Feminista e dos Estudos de Gênero, compondo, portanto, um trabalho interdisciplinar.

2. A chamada cultura do estupro

De início, salienta-se que a percepção social da sexualidade feminina e masculina e, por conseguinte, da violência sexual, tem a potencialidade de gerar reflexos na própria vivência sexual dos indivíduos e, no âmbito jurídico, no exercício do direito de representação das mulheres e na análise judicial dos crimes sexuais. Neste sentido, faz-se importante apresentar o cenário brasileiro atual no que concerne às violências sexuais, demonstrando a importância de se trabalhar com o enfoque nos bens jurídicos e no consentimento para uma verdadeira mudança de paradigma.

Em seu livro "História do estupro", Georges Vigarello aponta que seu objeto de estudo está intimamente relacionado à história das representações da consciência e à das representações da feminilidade, de modo que há um conjunto de razões que levam ao mascaramento da violência sexual, sendo apontado por ele como as "diversas maneiras de recusar à mulher um status de sujeito".[9]

Pensando sobre isso, parte-se da ideia de que os crimes contra a liberdade sexual representam crimes relacionados ao gênero, não só porque atualmente a grande maioria de suas vítimas são mulheres[10], mas também porque, em uma cultura na qual pertencer ao *sexo masculino* significa ter liberdade para se construir com base na diminuição ou exclusão das mulheres do espaço de poder, esses crimes vêm a representar atos de abuso de poder e de desejo de dominação[11].

Assim, apontam-se as estatísticas disponíveis a respeito da realidade brasileira, na qual, em 2016, foram registradas 56.045 ocorrências de estupro[12] e, em

9. VIGARELLO, G. *História do estupro*: violência sexual nos séculos XVI-XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 43.
10. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 6-7.
11. FELIPE, Sônia T. Violência e representação (quando a arma é o pênis): um estudo do caso do filme "Acusados". *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v. 15, n. 21, 1997. p. 120.
12. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, ano 11, 2017. p. 42-45.

2017, 60.018 ocorrências[13], o que representa uma média de aproximadamente 153,5 e 164,4 casos por dia, respectivamente, considerando-se somente os boletins de ocorrência registrados. No ano de 2016, ainda, 15,4% dos casos foram de estupros coletivos (com dois ou mais agressores)[14]. A despeito dos números já elevados, estima-se que, a cada ano no Brasil, 0,26% da população sofre violência sexual, o que indica que haja anualmente 527 mil tentativas ou casos de violência consumados no país, dos quais apenas 10% seriam reportados à polícia[15], havendo, portanto, um alto índice de subnotificação[16].

Com relação às vítimas, segundo o resultado da análise dos registros do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), tendo por base o total de notificações ocorridas em 2011, constatou-se que em aproximadamente 89% dos casos de estupro as vítimas são do sexo feminino[17].

No que tange apenas ao assédio sexual, uma pesquisa de 2015, realizada pelo site Vagas.com, por meio de um questionário enviado para 70 mil profissionais de sua base de dados, apontou-se que 9,7% dos que responderam disseram ter sofrido assédio sexual. Entre essas pessoas, 80% são do sexo feminino, havendo, portanto, uma correspondência no gênero das vítimas entre os referidos crimes.[18]

Por outro lado, a maioria dos agressores é disparadamente do sexo masculino, com 94,1% do total, independentemente da faixa etária da vítima. As mulheres, por outro lado, foram constatadas como autoras de estupro em aproximadamente

13. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*: Segurança Pública em Números, ano 12, 2018. p. 13.
14. Salienta-se que, entre 2011 e 2016, aumentou o número de casos de estupros coletivos, correspondendo a um acréscimo de 2,4% com relação aos 13% apresentados em 2011 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro, 2018. p. 63).
15. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Nota Técnica nº 11. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 6.
16. A respeito da subnotificação relatada, confira também: SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Pesquisa Nacional de Vitimização*. 2013. Disponível em: [www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 189.
17. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Op. cit., p. 7.
18. BARIFOUSE. Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa. *BBC Brasil*. 15.06.2015. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb]. Acesso em: 12.04.2019.

3,3% dos casos. Assim, verifica-se que, independente do gênero da vítima, as violências sexuais são perpetradas em sua maioria por homens.[19]

Com relação ao delito de importunação sexual, elevado à categoria de crime pela Lei 13.718, em 24 de setembro de 2018, pondera-se que, em virtude do curto lapso temporal, inexistem até o momento estatísticas oficiais de notificação disponíveis. No entanto, pesquisa recente sobre a vitimização de mulheres no Brasil apresenta uma estimativa do cenário brasileiro, ao apontar que 37,1% das mulheres entrevistadas afirmaram ter sofrido nos últimos 12 meses alguma das modalidades de "assédio sexual"[20] perguntadas, sendo que três dessas modalidades correspondem ao delito de importunação sexual. Assim, 6,2% afirmaram que foram abordadas de maneira agressiva durante uma balada ou festa, isto é, alguém tocou o seu corpo; 7,8% que foram assediadas fisicamente em transporte público, como no ônibus ou metrô; e 4% em transporte particular chamado por aplicativo, como Uber, Cabify, 99 Táxi etc.[21]

Destaca-se, ainda, dados provenientes de empresas de transporte da capital paulista e da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, relativos à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que guardava certa correlação com o novo delito antes da mudança legislativa, bem como relativos ao crime de importunação sexual.

---

19. Com relação aos referidos dados, explana-se que aos homens foram atribuídos 92,55% dos estupros de crianças, 96,69% dos de adolescentes e 96,66% dos de adultos. Por sua vez, com relação às mulheres, a autoria lhes foi atribuída em 0,7% dos estupros com vítimas adultas, 0,99% dos com vítimas adolescentes e 1,8% do com vítimas crianças. Considere-se, ainda, que há casos em que as vítimas foram violentadas por ambos os sexos, bem como aqueles em que o(s) autor(es) são ignorados. Para conferência, recomenda-se a leitura conjunta dos seguintes estudos: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica diest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 9; e INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Texto para discussão*. "Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014". Rio de Janeiro, jun. 2017. p. 17.
20. A pesquisa citada utiliza o termo para designar uma diversidade de condutas que englobam outros crimes além do tipificado como assédio sexual pelo Código Penal. Deste modo, neste momento o termo é empregado em seu sentido amplo.
21. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e Invisível*: A vitimização de mulheres no Brasil. 2. ed. 2019. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf]. Acesso em: 25.03.2019. p. 34.

A CPTM (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos) informou em nota que atendeu 91 casos de denúncias de importunação sexual em 2015, 90 em 2016 e, após intensificação de campanhas de conscientização, 128 casos no ano de 2017, além de 82 atendimentos em 2018 até o mês de agosto. Já após a entrada em vigor da nova lei, em 23 dias, foram feitos 25 registros de importunação nos ônibus, trens e metrôs da capital paulista, correspondendo a uma vítima a cada 22 horas.[22]

Pondera-se, entretanto, que, segundo os registros de importunação ofensiva ao pudor no estado de São Paulo em 2017, dos 3.601 casos notificados, somente 326 ocorreram no transporte público, sendo que a via pública *liderou* entre os locais de abuso, com 1.143 ocorrências, seguida da residência das vítimas, com 991 registros.[23]

Sobre a percepção social da violência sexual, outra pesquisa realizada pelo FBSP, em parceria com o Datafolha, no ano de 2016, constatou que o medo de ser vítima de agressão sexual é maior entre as mulheres (85%) do que entre os homens (46%). A mesma pesquisa apontou que 30% dos homens e mulheres brasileiros concordam com a afirmação "A mulher que usa roupas provocantes não pode reclamar se for estuprada", enquanto que 42% dos homens e 32% das mulheres concordam com a afirmação de que "Mulheres que se dão ao respeito não são estupradas", de modo a apresentar um quadro social de culpabilização das vítimas.[24]

Em outra pesquisa com o mesmo foco, 73% dos entrevistados(as) acreditam que mulheres que denunciam a violência sexual são julgadas pelas pessoas, 54% afirmam que elas não são levadas a sério e, por fim, 28% concordam que elas são culpadas pelo que ocorreu.[25]

---

22. SARTORI, Ugo. Mulher sofre importunação sexual a cada 22 horas no transporte público. *R7*. 17.10.2018. Disponível em: [noticias.r7.com/sao-paulo/mulher-sofre-importunacao-sexual-a-cada-22-horas-no-transporte-publico-17102018]. Acesso em: 24.01.2018.
23. ARCOVERDE, Léo; PERRONI, Adriana. Estado de SP registra 10 casos por dia de importunação ofensiva ao pudor. *G1*. 25.09.2018. Disponível em: [g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/25/estado-de-sp-registra-10-casos-por-dia-de-importunacao-ofensiva-ao-pudor.ghtml]. Acesso em: 24.01.2018.
24. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA. *A Polícia precisa falar sobre estupro*. Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais. 2016. Disponível em: [assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/FBSP_Datafolha_percepcaoviolenciasexual_set2016.pdf]. Acesso em: 13.04.2019. passim.
25. INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO; LOCOMOTIVA PESQUISA E ESTRATÉGIA. *Pesquisa Violência Sexual*: Percepções e comportamentos sobre violência sexual no Brasil.

A respeito dessas últimas pesquisas, evidencia-se como uma dita cultura do estupro, consistente "nas maneiras em que a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento dos homens"[26], manifesta-se no cotidiano social, evidenciando os critérios morais determinados socialmente às mulheres, que *justificam* "a conduta violenta de quem as agride, afastando o reconhecimento dessa violência como tal e o inerente caráter de perversidade, de crime, de violação de direitos, de desumanização que a caracteriza"[27].

Sobre esse ponto, visualizam-se desdobramentos diversos com relação à violência sexual, como a dificuldade, tanto social como pelo aparato estatal, do reconhecimento da vítima enquanto vítima, percebendo-se uma necessidade frequente de se demonstrar a existência de uma violência palpável e provável para caracterizá-la, entre outras estratégias.

Nesse sentido, Roberto Efrem Filho utiliza-se de um caso base de estupro seguido de morte para tratar sobre questões referentes à reivindicação da violência e à constituição da vítima. O autor expõe que "a 'luta por justiça' requer, de antemão, a disputa pela legitimidade de a vítima ser uma vítima"[28], uma vez que a violência que permeia o crime não é óbvia já que as vítimas em si não são óbvias para a sociedade e para o Estado, ou seja, há um senso comum de que nem toda vítima é vítima. Deste modo, percebe-se em narrativas de constituição das vítimas a brutalização de seus corpos para, "por meio dessa brutalização, garantir-lhes inteligibilidade"[29] enquanto corpos vitimados.

Assim, observa-se um contexto no qual o estupro, por exemplo, é considerado como um crime hediondo e extremamente rechaçado no imaginário social. No entanto, a incongruência revela-se na falta do reconhecimento das violências sexuais enquanto violências sexuais, incluindo-se aí o estupro, e das vítimas enquanto vítimas.

Dez. 2016. Disponível em: [agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Pesquisa_ViolenciaSexual_2016.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 40.

26. ONU. *Por que falamos de cultura do estupro?* 31.05.2016. Disponível em: [nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/]. Acesso em: 12.04.2019.
27. ZANATTA, M. C.; SCHNEIDER, V. M. Violência contra as mulheres: a submissão do gênero, do corpo e de alma. In: BAGGENSTOSS, G. A. (Coord.). *Direito das Mulheres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 85.
28. EFREM FILHO, R. A reivindicação da violência: gênero, sexualidade e a constituição da vítima. *Cadernos Pagu*, n. 50, 2017. p. 10.
29. EFREM FILHO, R. Op. cit., p. 14.

No mencionado imaginário social, o estuprador é visto como um "outro", um "estranho", estigmatizado como um "monstro" ou um homem "anormal". Ao mesmo tempo, as mulheres são constantemente julgadas por sua conduta, por sua roupa e por suas atitudes, de modo que qualquer comportamento considerado imoral para os padrões estabelecidos tende a funcionar como justificativa e condição para a criação de um nexo causal sistematicamente estruturado para as violências sofridas. Tais construções refletem o que Carmen Hein de Campos et al. descrevem como a permanência de um "código relacional da honra"[30], verificado na leitura tanto social quanto jurídica dessas violências.

Sobre esse ponto, é preciso atentar-se ao fato de que as pesquisas demonstram que,

> "[...] no geral, 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos/conhecidos da vítima, o que indica que o principal inimigo está dentro de casa e que a violência nasce dentro dos lares."[31]

Diante disso, as consequências de o agressor ser sempre colocado como um "monstro" ou "anormal" é que a sociedade não consegue enxergar no vizinho, no padrasto, no tio, no avô, no primo, no amigo do pai, no trabalhador ou no pastor da igreja o estuprador formulado em seus pesadelos. Daí decorre que a palavra da vítima é constantemente colocada em dúvida, desestimulando a quebra do silêncio e a representação aos órgãos estatais, que, por sua vez, contam com inúmeros profissionais despreparados para lidar com vítimas de violências de gênero, incluindo as violências sexuais.

Assim, a respeito das especificidades do estupro enquanto crime, Vigarello aponta que

> "[...] o estupro provoca uma lesão ao mesmo tempo semelhante e diferente das outras. Semelhante porque é o efeito da brutalidade. Diferente porque é

30. O "código relacional da honra", reinscrito na modernidade, é colocado como a primazia dada à honra das vítimas e de agressores para a caracterização ou não do estupro, uma vez que importaria mais saber quem é a vítima e quem é seu agressor do que o ato enquanto violência contra pessoa (CAMPOS, Carmen H. de; MACHADO, Lia Z.; NUNES, Jordana K.; SILVA, Alexandra R. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? *Revista Direito GV* (online), v. 13, 2017. p. 990-991).

31. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019. p. 9.

> muitas vezes pouco consciente no agressor apagada pela efemeridade do desejo, ao passo que intensifica a vergonha na vítima, a ideia de uma contaminação pelo contato: a indignidade atravessando a pessoa atingida para transformá-la aos olhos dos outros. Daí a sensação de aviltamento criando obstáculos à queixa, inclinando a vítima a se calar e os observadores a acusá-la. Situação muito especial, em que a violência pode se tornar menos visível, empurrada para segundo plano, mascarada pela rejeição de que a vítima é objeto; situação aguçada ao extremo [...] por um conjunto de referências culturais, morais e sociais, transformadas em feixe de efeitos convergentes."[32]

Por conseguinte, o autor conclui que

> "[...] é a ausência frequente da ideia de violência por parte do agressor, o que diferencia dos outros atos brutais. A visão do prazer apaga a agressividade, impondo o desejo como uma evidência à qual a vítima é confusamente associada."[33]

Não obstante, se por um lado as violências sexuais não são identificadas pela sociedade quando estas ocorrem *dentro de casa*, cumulando-se a um quadro de constante culpabilização das vítimas, também são invisibilizadas quando ocorrem *fora*, considerando a constante objetificação e publicização dos corpos femininos, contrastadas com a evidenciação da sexualidade masculina.

Nesse sentido, apontam-se os resultados de um ensaio interpretativo sobre modalidades de construção da virilidade, que tomou como principal objeto de reflexão as falas de presos penitenciários acusados e condenados por estupro. Nesse, constatou-se que parte dos sentenciados reconhecem os atos de estupro como hediondos e inumanos, contudo, dentro de suas percepções, este crime só ocorre com a imposição de uma relação sexual sobre uma "mulher de família". Do contrário, não reconhecem qualquer quebra de interdição, já que se tratam de "mulheres de ninguém".[34] Assim, Lia Z. Machado aponta que é

> "[...] a crença numa posição diferenciada das mulheres: as mulheres de família e as mulheres vadias, que nos permite a aproximação ao duplo entendimento

32. VIGARELLO, G. *História do estupro*: violência sexual nos séculos XVI-XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 50.
33. VIGARELLO, G. Op. cit., p. 50.
34. MACHADO, Lia Z. Masculinidade, Sexualidade e Estupro: As construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, n. 11, 1998. p. 242-243.

> do estupro como o ato mais banal da reafirmação da identidade masculina e o ato quase inumano e hediondo."[35]

Pelo exposto, infere-se que seria o local onde essas mulheres estão, o horário, a roupa, a fala, bem como os elementos de sua identidade pessoal, enquanto esposa ou filha de alguém conhecido do abusador ou da sua família, que serviria como meio de diferenciação entre essas mulheres e, por consequência, entre um estupro e uma *mera relação sexual*. Ademais, essa seria uma diferenciação mutável de acordo com o *ego* do sujeito que as observa como objeto.

Corroborando com esse resultado, outra pesquisa pautada na análise de 53 processos judiciais de estupro constatou que "mais do que os fatos em si, serão os perfis sociais dos envolvidos construídos durante o processo que fornecerão os elementos necessários para a visualização do provável resultado da sentença"[36]. Isso reforça a ideia da necessidade de haver um desconhecido agressivo e perverso, de preferência à margem da sociedade, de um lado, e de uma mulher inocente, do outro.

Assim, descreve-se uma realidade na qual, para a identificação da violência sexual, o não consentimento deve ser claro, não obstante, somente as marcas de violência extrema seriam suficientes para "comprovar sem sombra de dúvidas o não consentimento da mulher".[37] Desse modo, "se não há grave violência, não há estupro: ou a mulher é vítima e seu comportamento ou as marcas de agressão comprovam sua passividade, ou a mulher é cúmplice de sua própria denúncia".[38]

Por conseguinte, esta maneira de analisar e de decidir sobre as situações de violência sexual revela como

> "[...] o Direito corrobora e normatiza a formulação e a continuidade desse processo de violência de gênero, em sua forma nítida e/ou simbólica mediante leis, tratamento judicial e institucional às mulheres vítimas de violência e discursos doutrinários."[39]

35. MACHADO, Lia Z. Op. cit., p. 242-243.
36. COULOURIS, Daniella G. Violência, Gênero e Impunidade: A construção da verdade nos casos de estupro. Encontro Regional de História, 27, Unicamp, 2004. *Anais*, Campinas, 2004. p. 2.
37. COULOURIS, Daniella G. Op. cit., p. 6.
38. COULOURIS, Daniella G. Op. cit., p. 6.
39. ZANATTA, M. C; SCHNEIDER, V. M. Violência contra as mulheres: a submissão do gênero, do corpo e de alma. In: BAGGENSTOSS, G. A. (Coord.). *Direito das Mulheres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 85-86.

Nesse norte, a inclusão das teorias de gênero no Direito representa uma maneira de romper com as invisibilidades das mulheres nos estudos e na construção dos saberes, bem como das especificidades das violências que as atingem.

Nesse sentido, no que se refere aos crimes contra a liberdade sexual, acredita-se que uma (re)leitura adequada do principal bem jurídico protegido pela norma penal, ao se considerar as especificidades de gênero, pode contribuir na transformação do tratamento judicial dispensado a esses casos. Assim, a proposta de uma leitura ampla da liberdade sexual visa a contribuir na alteração de um cenário que continuamente reforça a "desnecessidade do consentimento feminino para práticas sexuais voltadas para a satisfação de mera lascívia masculina"[40] ou que interpreta o comportamento feminino desviante de um padrão de recato como consentimento para a ingerência de terceiros em sua esfera sexual.

3. Bem jurídico tutelado: a liberdade sexual

A liberdade sexual representa um aspecto da liberdade individual de grande importância em face do desenvolvimento e autorrealização do ser humano no mundo moderno. Diante disso, o seu entendimento como um bem jurídico a ser protegido em nossa sociedade vem ganhando cada vez mais unanimidade e, já há uma década, respaldo na legislação penal. No entanto, se por um lado a nossa legislação pátria progrediu ao reconhecer a necessidade do Estado tutelar a autodeterminação e liberdade sexual independentemente do gênero da vítima e/ou do(a) agressor(a), por outro, continua a ignorar que as experiências disponíveis para mulheres e homens, no que tange a sua sexualidade, divergem, na prática, sobre diversos aspectos.

Conforme já apresentado, na sociedade brasileira as mulheres sofrem violações sexuais em números expressivamente superiores com relação aos homens. Além disso, é notável o atravessamento de indicadores como idade, classe, raça e sexualidade, o que indica que qualquer mulher está sujeita a ser vitimada, seja ela criança, adolescente, esposa, trabalhadora ou deficiente. Ressalta-se, entretanto, que a intersecção de determinados marcadores, como o de escolaridade e idade, apresenta-se como um fator agravante para a vitimização.[41]

40. ZANATTA, M. C; SCHNEIDER, V. M. Op. cit., p. 85.

41. No que concerne à idade, estima-se que aproximadamente metade das vítimas possuem menos de 13 anos e, quanto à escolaridade, que 46% não possuem o ensino fundamental completo (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível

Sendo assim, para tratar das violências sexuais, entende-se necessário compreender o significado e abrangência da liberdade sexual, enquanto bem jurídico violado por tais condutas. Por conseguinte, ao considerar as intersecções[42] que demarcam a realidade dessas violências, em especial a questão de gênero já aprofundada, propõe-se que a compreensão desse bem jurídico não pode ignorar tais especificidades.

Posto isso, esclarece-se inicialmente que a concepção de bem jurídico no Direito Penal, ressalvadas as divergências, é frequentemente relacionada ao conceito material de delito. Esse, segundo Claus Roxin, diz respeito aos critérios materiais que tornam uma conduta punível, fornecendo uma diretiva político-criminal sobre o que deve ser penalizado ou não, de modo a se configurar como um conceito anterior à lei penal positivada. Nesse seguimento, para o referido autor, o conceito material de delito se vincula a teoria do bem jurídico, na medida em que o papel do direito penal é concebido como a proteção subsidiária de bens jurídicos.[43]

Ao se filiar a esse entendimento, é necessário balizar a concepção de bem jurídico adotada, tendo em vista a diversidade de conceituações possíveis. Nesse sentido, interessante é a definição trazida por Jorge de Figueiredo Dias, ao apontá-la como a conclusão de uma longa evolução plurissignificativa, frequentemente eivada de dúvidas e controvérsias. O autor conceitua bem jurídico, então,

> "[...] como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso."[44]

em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019).

42. O termo é utilizado em referência ao conceito de interseccionalidade, compreendido como uma ferramenta crítico-política e teórica que "visa a dar instrumentalidade teórica-metodológica à inseparabilidade estrutural do racismo, capitalismo e cis-hétero-patriarcado" (AKOTIRENE, Carla. *O Que é Interseccionalidade?* Rio de Janeiro: Editora Letramento, 2018. p. 14).

43. A proteção de bens jurídicos, para Roxin, não se realiza somente mediante o direito penal. Nesse sentido, esse é a última entre todas as medidas protetoras a se considerar. No entanto, pontua-se que o princípio da subsidiariedade é posto como uma diretriz político-criminal para o legislador, que o guia em sua decisão de tornar ou não fatos puníveis (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. Fundamentos, la estrutura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. t. I).

44. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: Parte Geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I. p. 80.

Em acréscimo, ao seguir uma concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, Figueiredo Dias aponta que sua conceituação deve, cumulativamente, traduzir um conteúdo material, servir como padrão crítico de normas constituídas ou a constituir e ser político-criminalmente orientado. Assim, para tentar obedecer a todas estas exigências, conclui que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem ser considerados como "concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica"[45].

Em sentido parecido, Roxin define

> "[...] bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim."[46]

A partir do exposto, considera-se também as assertivas de que o bem jurídico não constitui um conceito fechado, mas aberto às mudanças sociais e ao progresso do conhecimento científico[47]. Nesse sentido, as acepções apontadas servem como ponto de partida para a análise da liberdade sexual e para a proposta de uma leitura condizente com as especificidades sociais, como meio de garantir uma efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, correlacionada ao princípio da igualdade, em seu sentido material.

Ao voltar-se aos crimes sexuais, é importante mencionar a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009, que trocou a nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal de "Crimes contra os Costumes" para "Crimes contra a Dignidade Sexual". Entende-se que, com a mudança, o legislador adequou a descrição de tutela do bem jurídico afetado com os princípios constitucionais

45. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 83.

46. Tradução nossa do original: "[...] bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin" (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La Teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 448).

47. Nesse sentido, ver: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estrutura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 57-58; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 85.

norteadores do Estado Democrático de Direito. Desta forma, compreende-se que a lei atual, expressamente, afastou a punição de condutas consideradas contrárias a uma determinada moral e aos ditos bons costumes, para se incriminar as condutas que atentam mais gravemente contra a liberdade individual no âmbito da sexualidade. Assim, os crimes aqui estudados são lidos como protetores da dignidade sexual, enquanto bem jurídico maior, e da liberdade sexual, enquanto bem jurídico derivado daquele.

Aponta-se que a manutenção da proteção de uma moralidade recortada dentro de uma sociedade tão plural como a brasileira não se conformava com a tutela de um autêntico bem jurídico no sentido adotado, de modo a violar o objetivo da tutela estatal e do Direito Penal. Por conseguinte, desamparava-se os direitos da personalidade de diversos indivíduos cujas vivências não se adequavam aos padrões morais elencados por ocasião da interpretação e/ou aplicação da norma. Deste modo, a indicação legal da tutela, tanto da dignidade quanto da liberdade sexual, delimita e determina a área de atuação do Estado, ao mesmo tempo que se concilia com seu princípio basilar de proteção à dignidade da pessoa humana.

Assim, com relação à dignidade sexual, enquanto especificidade da dignidade da pessoa humana, existem dois planos distintos a se considerar: o primeiro diz respeito à dignidade individual, pautada pelo exercício da autodeterminação de vontade do indivíduo sobre a manifestação de sua própria sexualidade, e o segundo trata da dignidade social (sexual)[48], correspondente ao direito ao exercício de coexistência, que implica no consenso existente na sociedade sobre a questão da publicidade da conduta sexual.[49]

Deste modo, muito embora haja diversos bens jurídicos afetados com as condutas típicas do Título VI da Parte Especial do Código Penal, verifica-se que a Lei 12.015/2009, ao utilizar a dignidade sexual como opção terminológica, permite que dela se extraia o significado de outros bens jurídicos, como a liberdade, a intimidade sexual, a honra individual, entre outros.[50]

Por sua vez, ter a liberdade sexual como bem jurídico estabelecido pelo Capítulo I do mencionado Título VI demonstra uma escolha em se enfatizar o bem

48. Sobre esse aspecto, trata-se do consenso social existente de que as relações sexuais devam se realizar em local privado, considerando que a autonomia individual também pressupõe a não obrigação do indivíduo em presenciar exibições de sexualidade alheia sem o seu consentimento.

49. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61.

50. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. Op. cit., p. 63.

predominantemente afetado pelos crimes abrangidos, tendo em vista que todos os quatro se constituem em crimes pluriofensivos, ou seja, em que há mais de um aspecto pessoal atingido quando da configuração típica.

Nesse passo, com relação ao conceito de liberdade sexual, traz-se, a princípio, o entendimento de Natscheradetz[51], que o explica a partir de uma tríplice perspectiva: uma positiva-dinâmica, outra negativa-estática e, por fim, uma mista.

Com relação à "positiva" ou dinâmica, "ela é definida como a livre disposição do sexo ou do próprio corpo de acordo com seus desejos e opções, tanto no que diz respeito à forma de manifestação sexual quanto ao destinatário da mesma"[52]. Por sua vez, por uma perspectiva "negativa" ou estática, a liberdade "se concretiza na faculdade que o indivíduo tem de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam"[53]. E, por fim, por uma "concepção integradora"[54], o mencionado autor, utilizando-se da definição de Polaino Navarrete[55], descreve a liberdade sexual como a faculdade que assiste a cada pessoa de fazer ou não o uso do próprio corpo, bem como a liberdade de acionar os meios protetores da esfera sexual pessoal contra as condutas alheias da mesma natureza.[56]

Considerando estes conceitos, propõe-se uma leitura mais ampla da liberdade sexual, na medida em que incorpora uma perspectiva de gênero. Tal leitura visa a aclarar a existência de contextos e estruturas sociais que atingem mulheres e homens de formas diferentes em nossa sociedade, considerando as especificidades para buscar a correção de desigualdades. Ademais, considera-se a necessidade de ampliar esse entendimento para o Direito como um todo, tendo em vista que a proteção do Estado sobre os bens jurídicos individuais, enquanto correlatos aos direitos fundamentais dos indivíduos, não deve se dar somente por meio da perspectiva subsidiária do Direito Penal.

---

51. Cf. obra original: NATSCHERADETZ, Karl. *O direito penal sexual*: conteúdo e limites. Coimbra: Almedina, 1985.
52. NATSCHERADETZ, 1985 apud GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54-55.
53. Idem.
54. Tal denominação, ao invés de "mista" ou "eclética", é atribuída a José M. Sanchez Tomas, por considerar que ambos os aspectos não são opostos, mas complementares.
55. Cf. obra original: POLAINO NAVARRETE, M. Introducción a los delitos contra la honestidade. *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 1975. p. 46.
56. NATSCHERADETZ, 1985 apud GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 54-55.

3.1. Proposta de uma leitura ampla da liberdade sexual

Nesse ponto, propõe-se uma leitura conjunta dos conceitos retroapresentados com a proposta de "liberdade como não opressão", formulada pela cientista política Maria Lígia Elias[57]. Busca-se pensar nos diversos contextos que venham a condicionar as vivências sexuais dos indivíduos, tendo em vista que o seu enquadramento em determinados indicadores sociais, como o de mulher, apresenta-se como um fator de risco para sua exposição a violências sexuais, de um modo que não afeta, por exemplo, os homens.

Primeiramente, visualiza-se que as mencionadas perspectivas de liberdade positiva-dinâmica e negativa-estática apresentam uma íntima relação com a classificação dicotômica desenvolvida por Isaiah Berlin entre os sentidos de liberdade positiva e liberdade negativa.

Ao revisitar outros autores que trabalharam a temática da liberdade, Berlin aponta que o primeiro sentido se relaciona a uma meta *negativa* de evitar a interferência de terceiros. Dessa forma, independentemente do princípio que oriente a área que não deve ser interferida, ser livre nesse sentido significa livrar-se *de* algo.[58] Com isso, é possível observar a correlação com a perspectiva *estática* de Natscheradetz, que assimila a liberdade sexual com a ausência da interferência de terceiros no âmbito de sua sexualidade.

De modo diverso, o sentido *positivo* de liberdade, para Berlin, estaria relacionado ao desejo de ser responsável por si mesmo, ensejando, portanto, um autogoverno racional, a partir do qual se obteria uma libertação *para* alguma ação.[59] Nessa acepção, verifica-se a aproximação com o entendimento *dinâmico* da liberdade sexual como a presença de autodeterminação da própria sexualidade de acordo com uma disposição íntima.

A respeito dessa classificação dicotômica, Elias sintetiza tais concepções, ao afirmar que

> "[...] a liberdade negativa consistiria em 'estar livre de' e, portanto, seu foco estaria em evitar interferências, daí a noção de liberdade negativa como

57. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista.* Uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 2013, 149f. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

58. BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (Org.). *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

59. Idem.

> liberdade como não interferência. Já a liberdade positiva poderia ser entendida como 'estar livre para', sua atenção estaria voltada a questões de exercício de poder e, por esse motivo, poderia ser compreendida como 'autodomínio'."[60]

Contudo, a tese dessa última autora pretende ir além dos conceitos de liberdade positiva e negativa de Isaiah Berlin (liberalismo), utilizando tal proposta apenas como bússola ou instrumento de navegação para a construção de sua ideia de liberdade como não opressão. Assim, sua leitura agrega, além da proposta do mencionado autor, os conceitos distintos de liberdade como não dominação, de Philip Pettit (republicanismo)[61], e de liberdade construtivista, de Nancy Hirschmann (feminismo).[62-63]

Por conseguinte, Elias propõe que, "sob a 'chave' da não opressão"[64], é possível manter em alguma medida as propostas dos autores por ela trabalhados e simultaneamente incorporar um "posicionamento crítico às estruturas de produção e reprodução de assimetrias de poder"[65]. Assim, compartilha o elemento negativo da visão de Berlin no sentido de que ser livre é poder escolher. Mas, ao mesmo tempo, considerando a insuficiência do entendimento de liberdade como escolha, sua formulação também leva em conta as considerações de Philip

60. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. Op. cit., p. 127.

61. Cf. uma de suas obras: PETTIT, Philip. Freedom as antipower. *Ethics*, Chicago, v. 106, n. 3, p. 576-604, 1996.

62. Cf. uma de suas obras: HIRSCHMANN, Nancy J. Freedom, recognition, and obligation: a feminist approach to political theory. *The American Political Science Review*, v. 83, n. 4, p. 1227-1244, 1989.

63. Salienta-se que, ao situar Berlin, Pettit e Hirschmann dentro das referidas vertentes do pensamento político (liberalismo; republicanismo; e feminismo), a própria autora esclarece que utiliza tais denominações como uma "chave" de leitura, de modo que não intenta afirmar que esses autores sejam representantes de cada uma dessas tradições, embora se possa dizer que são "representativos" ou "importantes" dentro de cada campo citado.

64. A autora, ao colocar que sua proposta é uma "chave" de leitura, indica que sua intenção não é trazer uma lista de condições para dizer que em dada situação há ou não liberdade, mas oferecer "um referencial para pensar as diferentes situações em que nos deparamos com escolhas e liberdade e, dessa forma, pode nos servir de guia, parâmetro para análise, ponderação e proposição" (Cf. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. Op. cit., p. 129).

65. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista.* Uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 2013, 149f. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 129.

Pettit, ao enfatizar a arbitrariedade característica das situações de dominação, e as considerações feministas de Nancy Hirschmann, ao destacar as limitações provocadas por situações estruturais e estruturantes na vida das pessoas. Desse modo, a liberdade como não opressão também agrega elementos positivos, na medida em que propõe uma compreensão de liberdade atenta para as condições em que as escolhas são feitas.

> "Ser livre, nesse sentido, é poder escolher, levando, porém, em consideração que a construção das escolhas por parte das pessoas, envolvendo a percepção que elas têm das escolhas e daquilo que entende como escolhas, seja feita em um contexto de não dominação."[66]

Segundo a autora, ao articular a liberdade pelo tema da opressão, ser livre corresponde a poder escolher mediante condições em que tais escolhas não sejam constrangidas por interferências arbitrárias de outras pessoas ou por determinadas estruturas sociais. Desse modo, ainda que reconheça que sua proposta faz "considerações bastante exigentes sobre as condições de liberdade e sobre as escolhas livres"[67], afirma que a liberdade é uma questão de gradação, de maneira que um ideal teórico pode servir de guia ou instrumento para a realização de mudanças concretas que a aumente. Nesse sentido, acredita que sua leitura possa ser uma "útil ferramenta política e normativa"[68].

Assim, voltando-se para a liberdade sexual, propõe-se correlacionar os conceitos já apresentados com a referida *ferramenta*. É preciso considerar as possibilidades de escolha das diversas mulheres em fazer ou não fazer o uso de seu corpo para a efetivação de sua vivência sexual, ou, ainda, as possibilidades das mesmas em acionar os meios protetores estatais para sua tutela contra as condutas alheias. Para isso, faz-se importante considerar os contextos e estruturas sociais em que elas se encontram e, principalmente, os contextos em que as violências sexuais ocorrem, uma vez que esses são fatores determinantes para os modos de vivenciar a sexualidade, bem como para a obtenção da proteção estatal.

A liberdade sexual articulada com a proposta de liberdade como não opressão, portanto, corresponde a poder realizar escolhas sobre o próprio corpo e o próprio sexo, no que se refere à vivência da sexualidade, considerando, para tanto, as situações e estruturas que condicionam essas escolhas. A violação da

66. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. Op. cit., p. 126.
67. ELIAS, Maria Ligia G. G. R. Op. cit., p. 129.
68. Idem.

liberdade sexual, por conseguinte, ocorre tanto com a privação da possibilidade de escolher, como a imposição arbitrária em um contexto de dominação, quanto com a criação de situações que sujeitam essas escolhas ou com o aproveitamento de estruturas preexistentes e que não permitem uma decisão autônoma.

A partir de tais formulações, pontua-se que a tutela jurídica da liberdade sexual não terá a efetividade almejada enquanto não se quebrar a lógica da já referida cultura do estupro, considerando que essa não só mascara as violências sexuais perpetradas na sociedade, como estimula a impunidade dos casos que chegam a ser relatados. Não se pode ignorar que, para boa parte do imaginário social, as relações sexuais ainda não deixaram de ser relacionadas a questões morais, muitas vezes conservadoras e ligadas fortemente a uma religiosidade, o que aumenta a culpabilização da vítima e enfraquece a responsabilização pelos abusos e violências.

Nesse sentido, a falta de uma visão atenta às especificidades, como as de gênero, somada aos preconceitos morais que também percorrem toda a estrutura policial e judicial, podem ser pensados como fatores que concorrem para os altos índices de subnotificação dessas violências. A quebra do silêncio pelas vítimas pode ser desestimulada pelo cenário de culpabilização das mulheres pelas violações sofridas, bem como por estruturas estatais que não apresentam um ambiente de acolhimento e entendimento das peculiaridades de cada caso.

É preciso pensar que determinadas situações são lidas normalmente de formas diferentes pelos diferentes sujeitos. Assim, para se compreender verdadeiramente as violências sexuais sofridas, sem julgamentos ou preconceitos, os agentes estatais precisam ter essa visão amplificada da liberdade sexual e estarem preparados para realizar uma leitura empática de cada vítima, compreendendo as circunstâncias e constrangimentos por meio do contexto fático e estrutural que elas estavam inseridas. Exige-se, então, uma escuta atenta das vítimas e a compreensão das formas diversificadas em que os constrangimentos e abusos podem ocorrer.

A esse respeito, e no que tange à interpretação das elementares típicas dos delitos sexuais, Camila Prando afirma que a dimensão da violência de gênero não pode ser explicada por categorias produzidas a partir dos grupos de casos tradicional e historicamente utilizados, como os casos de violência de rua e de violência entre homens, que são exatamente os que vêm informando o sentido de *grave ameaça* hegemônico, por exemplo.[69]

69. PRANDO, CAMILA C. de M. O caso do ônibus e a seletividade dos penalistas. *Empório do Direito*, 02.09.2017. Disponível em: [emporiododireito.com.br/leitura/o-caso-do-onibus-e-a-seletividade-dos-penalistas]. Acesso em: 13.04.2019.

> "O que este viés não é capaz de enquadrar na interpretação da 'grave ameaça', e que só pode ser acessado se compreendermos a dimensão da violência de gênero – absolutamente ignorada por uma ignorância (estruturalmente constituída) do campo penal – é que o ato de um homem se masturbando em pé na frente de uma mulher sentada durante sua viagem de ônibus tem a possibilidade de ser constituído como um constrangimento com grave ameaça. [...] O pau deste homem é a faca no pescoço da mulher. E isso só se pode ver se há um mínimo de compreensão de como se estruturam as dinâmicas de violência fundadas nas hierarquias de gênero."[70]

Uma leitura mais dinâmica das estruturas sociais e dos atores envolvidos nas práticas de violências e abusos sexuais pressupõe a consideração de que as ofensivas desse cunho não constrangem da mesma maneira que outras formas de violência, especialmente dependendo do contexto em que são perpetradas. Nesse ponto, chama-se novamente atenção para o fato de que grande parte das violações da liberdade sexual são praticadas por pessoas conhecidas das vítimas, sendo essas em sua maioria mulheres.

Conforme assinala Soraia da Rosa Mendes, "não há consentimento genuíno, autonomamente definido, quando as preferências e as escolhas se definem em contextos assimétricos, em meio a relações de opressão e dominação"[71]. Nesse sentido, a análise dos crimes sexuais, a partir do referencial de liberdade proposto, pode contribuir para repensar a forma como a hermenêutica jurídica trata os referidos crimes, afastando-se perspectivas de direito focadas "mais centralmente no que os homens definem como o que é sexualidade do que na experiência das mulheres sobre [...] sua violação"[72].

Outra questão diz respeito ao fato de que, no âmbito jurídico, uma visão ampla da liberdade sexual pode contribuir não apenas para uma mudança no paradigma da interpretação e aplicação da lei penal, no âmbito dos crimes sexuais, a mesma demonstra-se como fundamental para a construção legislativa e de

70. Idem.

71. MENDES, Soraia da R. Foi constrangedor, foi violento e foi estupro. *Carta Capital*. 14.09.2017. Disponível em: [justificando.cartacapital.com.br/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-e-foi-estupro/]. Acesso em: 13.04.2019.

72. Tradução nossa do original: "[the crime of rape focuses] more centrally on what men define as sexuality than on women's experience of [our sexual being, hence] its violation" (Cf. MACKINNON, C. *Feminism Unmodified*: discourses on life and law. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 87).

políticas públicas que visem à proteção da liberdade sexual das mulheres nas diversas realidades brasileiras e nos seus mais diversos âmbitos, tanto para prevenção quanto para reparação.

Entende-se que não basta a criação de novos tipos penais, como a importunação sexual, sem que haja uma reflexão séria sobre as estruturas que permeiam e perpetuam os elevados índices de violências sexuais e sem que se proponha políticas públicas que busquem enfrentar o problema e desmantelar as referidas estruturas, buscando uma verdadeira proteção e valorização da liberdade sexual dos indivíduos, especialmente a das mulheres.

Frisa-se que, atualmente, um grande desafio no âmbito dos crimes abordados é a redução das taxas de subnotificação dos casos de violência sexual, assim como, principalmente, a redução do número de casos reais. Nesse sentido, ignorar os fatores que condicionam a manutenção dos elevados números de violências sexuais contra mulheres, bem como aqueles que determinam o silêncio das vítimas, é ignorar a função de proteção estatal dos direitos das mesmas.

Conforme as considerações expostas, a perspectiva apresentada da liberdade sexual visa a considerar a multiplicidade de contextos que permeiam a pluralidade de sujeitos no âmbito de suas sexualidades. Admitindo que os valores sexuais podem ser múltiplos, a tutela da liberdade sexual não implica determinar um único valor como ideal e, a partir disso, estabelecer o que é violência. Ao contrário, a referida tutela deve contemplar a diversidade de escolhas que podem ser feitas, garantindo que as mesmas sejam feitas em contextos de não opressão. Assim, os atentados à liberdade sexual se apresentam a partir da privação ou sujeição dessas escolhas.

4. Formas de atentado à liberdade sexual

Nesse momento, tendo por base a referida leitura ampla da liberdade sexual, importa salientar as possíveis formas de atentado a esse bem jurídico, destacando-se os respectivos amoldamentos típicos conforme a legislação penal brasileira e o recorte deste trabalho. Como ponto principal, destaca-se a essencialidade do dissenso da vítima para a configuração dos crimes, que, dentro da perspectiva adotada, significa a ausência do consentimento das mesmas.

Aponta-se a classificação formulada por Greco e Rassi, a partir do critério formulado por Binding[73], ao estabelecerem que as condutas atentatórias da liberdade

73. Cf. obra original: BINDING, K. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strrafrechts*. Besonderer Teil. Band I. 6. ed. Leipzig: Duncker & Humblot, 1902.

sexual, diante da tipificação penal brasileira, são aquelas realizadas: (1) por meio da indução da vítima em erro, o que representa um vício na formação de sua vontade, na medida em que mascara uma determinada circunstância; (2) por meio de uma coação física ou moral, que desrespeita violentamente a liberdade de decisão da(o) ofendida(o), ao ter sua oposição expressa contrariada; (3) com desprezo da vontade da vítima que é contrária à ingerência de um(a) terceiro(a) em sua esfera sexual; e (4) com o aproveitamento de uma posição de autoridade ou preponderância do(a) agente em face da pessoa afetada, derivada da existência de relações institucionais, profissionais ou de exploração, como a de necessidades ou inexperiência, em que, mesmo havendo consentimento, esse não é considerado válido.[74]

Vale citar, ainda, a formulação de José Luis Díez Ripollés quanto às diferentes modalidades de atentado à liberdade sexual, em consideração aos crimes do Código Penal espanhol. Considerando que três das cinco possibilidades apontadas pelo autor apresentam certa correspondência com os quatro itens da classificação supra, opta-se por destacar os pontos de acréscimo.

Sendo assim, de início, indica-se a descrição de condutas que contam com um consentimento inválido, que é diferenciado do consentimento viciado, na medida em que a vítima carece de capacidade para compreender a sua decisão no âmbito sexual. Outra modalidade apresentada, que em certa medida apresenta similitude com o item (3) supramencionado, diz respeito às condutas sexuais realizadas sem o consentimento da(o) ofendida(o), tanto nos casos em que esse não é manifestado quanto nos casos em que há uma negativa à ação sexual, mas não há resistência. E, por fim, Díez Ripolléz descreve as condutas exercidas sem que a vítima tenha oportunidade de se manifestar, como no caso de condutas surpresas ou sobre pessoas privadas de sentido.[75]

Trazendo essas últimas formulações para o contexto brasileiro, todas essas modalidades são passíveis de enquadramento no artigo 217-A do Código Penal, especialmente a primeira hipótese, ao explicitamente trabalhar com a invalidade do consentimento diante da incapacidade de manifestá-lo. Com relação às outras duas, há o amoldamento típico caso a desconsideração ou inexistência da manifestação da liberdade sexual da vítima ocorra com vítimas vulneráveis, conforme

74. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

75. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 6, p. 69-101, 2000.

o conceito abrangente estabelecido no tipo penal em questão. Contudo, focando-se no recorte dos crimes contra a liberdade sexual, é possível imaginar outras possibilidades de situações e enquadramentos penais para essas duas últimas hipóteses, conforme se verá.

Assim, primeiramente, voltando-se a todas as condutas apresentadas, verifica-se o perfeito enquadramento típico, dentro da classificação trazida por Greco e Rassi, do item (1) com a *violação sexual mediante fraude*, do (2) com o *estupro* e do (4) com o *assédio sexual* ou com alguns casos de *estupro de vulnerável*. Com relação ao item (3), ressaltada a semelhança com a segunda espécie apresentada de Ripollés e a possível correspondência com certos casos de *estupro de vulnerável*, verifica-se também a possibilidade de conformação com os tipos de *estupro* ou *importunação sexual*.

Destaca-se que, para a hipótese de enquadramento desta última forma de ofensa ao delito de *estupro*, é necessário sopesar as (contraditórias) interpretações jurídicas que vêm sendo aplicadas. Nesse sentido, a depender da forma como se considere a necessidade de resistência da vítima nos crimes contra a liberdade sexual, majoritariamente lida pela doutrina como o dissenso da vítima que é vencido com a violência física ou a grave ameaça, o seu enquadramento no tipo referido poderia ser afastado na prática jurídica.

Como exemplo, cita-se um caso ocorrido em 2016, no Brasil, em que um delegado de polícia do estado de São Paulo foi absolvido da acusação de estupro da própria neta, de 16 anos, pelo Juízo monocrático, que, em sentença, proferiu que

> "[...] a não anuência à vontade do agente, para a configuração do crime de estupro, deve ser séria, efetiva, sincera e indicativa de que o sujeito passivo se opôs, inequivocadamente, ao ato sexual, não bastando a simples relutância, as negativas tímidas ou a resistência inerte."[76]

Esse tipo de posicionamento a respeito da resistência da vítima não só contraria o conceito de consentimento válido, como se verá, como também desconsidera os contextos reais em que as violências sexuais ocorrem em nossa sociedade, motivo pelo qual é necessário reforçar a necessidade de que esses façam parte da análise da proteção do bem jurídico. Conforme o que foi sopesado no tópico

76. TOMAZELA, José Maria. Delegado é absolvido de estupro da neta; 'não há prova segura', diz juiz. *Estadão*. 20 maio 2016. Disponível em: http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,delegado-e-absolvido-de-estupro-da-neta-nao-ha-prova-segura--diz-juiz,10000052549. Acesso em: 13 abr. 2019.

anterior, poderiam ser consideradas as estruturas passíveis de sujeitar as *escolhas* do caso concreto, como a relação de ascendência existente e as possíveis formas diversificadas de ameaça, capazes de constranger a vítima.

Para melhor ilustração, imagine uma relação de amigos ou "ficantes"[77] em que, em um dado momento de privacidade, o homem passa a perquirir uma conjunção carnal cuja mulher não deseja, expressando esta última a sua negativa. Ato contínuo, o agente insiste em seu objetivo, já iniciando a conduta com pequenos atos libidinosos. A ofendida, por sua vez, continua a negar o fim pretendido pelo agente, mas não demonstra resistência aos atos libidinosos por acreditar que aquela pessoa de sua confiança não ultrapassará os limites impostos. Contudo, o ofensor deita-se por cima da vítima, dificultando sua mobilidade e, arrancando/afastando sua calcinha, penetra-a contra sua vontade. Por sua vez, a vítima, vendo-se violentada e percebendo a impossibilidade de se desvencilhar de seu agressor, uma vez que este é muito mais forte que aquela, "finge-se de morta" até que o mesmo termine.[78]

Neste exemplo, a conduta foi realizada com desprezo da vontade da vítima que expressamente não consentiu com a ingerência do ofensor em sua esfera sexual, mas também não *resistiu* tendo em vista o contexto em que a situação ocorreu. Não é possível afirmar que houve o efetivo exercício da liberdade sexual da mulher, ao contrário, visualiza-se uma violação da mesma. Assim, havendo o constrangimento por parte de um agente que, utilizando-se da "força *material* necessária"[79], obteve a conjunção carnal com a vítima, é possível dizer que sua conduta se adequa à figura típica do artigo 213 do Código Penal.

Contudo, caso se entenda a necessidade de resistência conforme o posicionamento do Juízo que proferiu a decisão supra referida, o crime de estupro seria afastado pela falta de relutância ou pela resistência inerte, o que não se admite dentro de uma perspectiva de proteção da liberdade sexual.

77. Entenda-se como o grau de relacionamento em que duas pessoas estão se conhecendo, beijam-se de vez em quando, mas não há a "oficialização" e/ou assunção do compromisso de um namoro.

78. O presente exemplo é baseado em um caso real confidenciado a estas autoras por uma pessoa próxima, que autorizou a descrição do mesmo, sem a identificação dos personagens. No entanto, ainda que fosse meramente ilustrativo, coaduna-se com a experiência sexual de muitas mulheres dentro de uma cultura em que, constantemente, é dado livre acesso aos seus corpos contra sua vontade.

79. FAYET, Fabio A. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 62 (destaque do original).

Ademais, reforça-se a necessidade de adequação da interpretação das elementares típicas a uma leitura direcionada às especificidades dos delitos sexuais, pautada na análise dos grupos que são vitimados, ou seja, por meio da compreensão das dinâmicas da violência de gênero, com o fim de que estupros como o do exemplo supra não sejam afastados pela ausência de *violência* ou *grave ameaça*, quando essas são perfeitamente configuradas sob o olhar da vítima. Com relação ao referido exemplo, a *violência* requerida pelo tipo resta evidente pela força material empregada que anulou a esfera de atuação da vítima e possibilitou a violação de seu corpo sem a sua anuência. Soma-se, ainda, que não houve a necessidade de um maior emprego de força bruta unicamente em razão do contexto relatado, demonstrando como é importante considerá-lo.

Sem essa adequação, no entanto, mister destacar que, ao menos no contexto atual, o exemplo relatado ainda poderia ser enquadrado no crime subsidiário de *importunação sexual*[80], já que a conjunção carnal é uma espécie da qual o ato libidinoso é o gênero, perfazendo-se o amoldamento típico. Assim, frente as dificuldades que os crimes contra a liberdade sexual enfrentam para a sua apropriada interpretação e aplicação, demonstram-se aspectos positivos desta recente criminalização, pela possibilidade de se inibir a total atipicidade jurídica de casos semelhantes ao do exemplo.

Em continuação, com relação à última espécie de ofensa sexual trazida pela classificação de Díez Ripollés, além das condutas que recaiam sobre pessoas privadas dos seus sentidos e, portanto, vulneráveis, verifica-se a possibilidade de correspondência com condutas passíveis de amoldamento no delito de *importunação sexual*, como as masturbações públicas e frequentemente direcionadas a mulheres, ocorridas em pontos de ônibus, calçadas, praias etc.[81], uma vez que violam a liberdade sexual da vítima sobre o aspecto da sua já referida dignidade social.

---

80. O art. 215-A do Código Penal dispõe como importunação sexual a conduta de "praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro".

81. As notícias de casos como os citados são inúmeras e constantes, como exemplos apontam-se: GOMES, Geizy. Homem é flagrado se masturbando em ponto de ônibus no ES. *Gazeta Online*. 11.06.2018. Disponível em: [www.gazetaonline.com.br/noticias/sul/2018/06/homem-e-flagrado-se-masturbando-em-ponto-de-onibus-no-es-1014135317.html#]. Acesso em: 13.04.2019; GOBO.COM. Homem é detido suspeito de ser flagrado se masturbando em via pública de Caruaru. *G1*. 09.10.2018. Disponível em: [g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2018/10/09/homem-e-detido-apos-ser-flagrado-se-masturbando-em-via-publica-de-caruaru.ghtml]. Acesso em: 13.04.2019; e VILARINHO, Larissa. Sequência de fotos mostra reação de lutadora de

Conforme apresentado, é possível observar que, em todas as formas de atentado à liberdade sexual expostas, a questão do consentimento é uma constante, na medida em que sua presença é maculada por um vício ou invalidade ou sua ausência é desconsiderada ou subjugada. Qualquer que seja a hipótese, a ausência de alguma forma de manifestação de um consentimento válido pode ser associada à violação desse bem jurídico, uma vez que o consentimento se apresenta como a expressão das escolhas feitas no âmbito da sexualidade. Sendo assim, considera-se importante se debruçar sobre os requisitos de validade e eficácia desse instituto jurídico, bem como sobre os possíveis vícios que podem macular as referidas escolhas.

5. O consentimento penal: requisitos para sua validade

Os crimes contra a liberdade sexual, conforme já observado, visam à tutela de um aspecto importante da liberdade individual. Por conseguinte, esse bem jurídico encontra-se à disposição de seu titular, que, de acordo com sua autonomia e autodeterminação, bem como com as condições disponíveis, pode livremente consentir com atos que ingressem no âmbito dessa proteção. À vista disso, existem requisitos de validade e eficácia que acompanham o referido consentimento, sem os quais esse não pode produzir suas consequências jurídicas. Isso significa que a inexistência de tais requisitos diante da prática de atos sexuais, conforme também já sopesado, representa a lesão dos bens jurídicos protegidos pelas normas em questão.

Segundo alguns entendimentos, ao se levar em conta a liberdade de disposição de determinados bens jurídicos, bem como a ponderação de interesses em relação aos demais bens, o consentimento validamente manifestado pela(o) ofendida(o), enquanto instituto jurídico de Direito Penal, teria o condão de excluir ou diminuir a responsabilidade penal do(a) suposto(a) ofensor(a).[82]

A respeito de tais consequências, pondera-se que nos crimes contra a liberdade sexual, sob a perspectiva de qualquer das atuais teorias sobre o referido

MMA contra homem suspeito de importunação sexual em praia no RJ. *G1*. 11.04.2019. Disponível em: [g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2019/04/11/sequencia-de-fotos-mostra-reacao-de-lutadora-de-mma-contra-homem-suspeito-de-importunacao-sexual-em-praia-no-rj.ghtml]. Acesso em: 13.04.2019.

82. PIERANGELI, José H. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

instituto, monista ou dualista[83], o consentimento só pode apresentar a natureza jurídica de causa de exclusão da tipicidade. Por um lado, em razão das descrições típicas requererem implícita ou explicitamente o dissenso entre ofensor(a) e vítima e, por outro, porque o consenciente é o único titular do principal bem jurídico tutelado. Nesse sentido, entende-se que o titular pode livremente dispor de seu bem de acordo com sua vontade, que é expressa pelo consentimento.

Nesse segmento, destaca-se o entendimento de José Henrique Pierangeli, que afirma que o consentimento do interessado se constitui em uma causa de atipicidade quando o mesmo aparece de maneira tácita ou expressa na descrição do tipo. Segundo o autor, a aquiescência nesses casos configuraria um elemento negativo de sua própria estrutura, fazendo com que toda e qualquer possibilidade de adequação típica seja eliminada.[84]

Assim, após todas as considerações tecidas a respeito da chamada cultura do estupro e da liberdade sexual, é perfeitamente condizente que um consentimento válido e eficaz possa afastar a tipicidade das ofensas ao referido bem jurídico. Entretanto, demonstra-se necessário tratar dos referidos requisitos de validade e eficácia, procurando-se uma correta compreensão do consentimento e se evitando interpretações preconceituosas e moralistas sobre o comportamento da vítima.

Sendo assim, aponta-se, primeiramente, que apesar do consentimento expressar a capacidade de autodeterminação de um indivíduo, ou seja, o agir conforme sua vontade, o mesmo não se configura apenas pela vontade em si, sendo necessária a sua exteriorização pelo indivíduo. Nesse sentido,

> "[...] para que determinada vontade seja considerada pelo Direito Penal é necessário que ela faça parte deste 'agir comunicativo', ou seja, que ela seja

83. De acordo com a teoria monista, o consentimento só pode assumir a função de causa de exclusão da tipicidade, uma vez que considera a prevalência, em qualquer caso, do individual sobre o social, de modo que o consentimento exclui sempre a própria lesão ao bem jurídico. São representantes desta Geerds, Noll, Casas Barqueiro, Stratenwerth, Pierangeli e Costa Andrade. Por sua vez, a teoria dualista é marcada por um consentimento bipartido, podendo falar-se em consentimento-atipicidade e em consentimento-justificação, sendo o primeiro capaz de excluir a tipicidade da conduta, quando o bem jurídico protegido é a liberdade de disposição de algum bem juridicamente relevante, e o segundo passível de excluir a sua antijuridicidade, ao funcionar como um preceito permissivo para o agente consentido. São representantes: Roxin, Schmidhäuser, Molina Arrubla (apesar das contradições), Maurach e Zipf.

84. PIERANGELI, José H. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 98.

> externada [...] aos agentes que se inter-relacionam durante a ação delitiva. A mera vontade interna, sem qualquer forma de exteriorização no mundo fático, não pode ser tida como consentimento, pois é irrelevante ao Direito Penal."[85]

Essa exteriorização é feita por meio da manifestação da(o) ofendida(o), que, quanto à sua forma, há três teorias sobre o tema. A primeira, oriunda do Direito Civil, é a teoria da declaração da vontade, que coloca que o consentimento deve manifestar-se externamente como nos negócios jurídicos. A segunda, por outro lado, é a teoria da direção da vontade, que propõe como bastante a pura aquiescência interna do ofendido, sem que seja necessária a sua exteriorização, sendo portanto oposta à primeira teoria. Por fim, a última é uma teoria intermediária, que aponta que o consentimento deve ser reconhecido de algum modo pelo agente delitivo.

Essa última teoria demonstra-se a mais aceitável aos crimes analisados, ao considerar que o "consentimento não necessita ser expresso, mas deve ser de tal modo manifestado em uma ação conclusiva do consenciente que possibilite de ser apreendido"[86]. Ademais, entende que, "mais do que um mero admitir ou deixar fazer, deve o consentimento ser uma opinião interna própria expressa de conformidade com a conduta alheia".[87] Esse também é o posicionamento de Pierangeli, ao compreender que o consentimento deve se apresentar como um fato exteriormente reconhecível e apto a demonstrar, sem contradições, a vontade interna.[88]

Sobre o delito de estupro, Greco e Rassi apontam que

> "[...] uma eventual 'anuência interna' da mulher não manifestada expressamente no mundo sensível ou fenomênico, nem por palavras, gestos, ou de qualquer outra maneira de modo a ser reconhecível por parte de quem pratica a agressão sexual, não elide o crime."[89]

85. LUCA, H. M. O Consentimento do Ofendido à Luz da Teoria da Imputação Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005. p. 748.
86. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96.
87. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. Op. cit., p. 97.
88. PIERANGELI, José H. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 152-161.
89. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. Op. cit., p. 97.

Nesse sentido, apesar da desnecessidade do consentimento ser manifestado em palavras, enquanto meio comum de manifestação expressa, salienta-se que essa vontade de consentir deve ser tida como inequívoca. Isto pode ocorrer, por exemplo, quando uma pessoa permite a aproximação ou se aproxima de um indivíduo para um beijo, demonstrando seu interesse por meio de carícias. Ao contrário, não é admissível que certos comportamentos e circunstâncias sejam interpretados como consentimento, como não raramente ocorre com a leitura das vestimentas das mulheres ou com relação aos locais e horários em que elas se encontram. Admitir estas últimas interpretações seria admitir um caráter público aos corpos femininos e desconsiderar sua capacidade de agência.

Deste modo, frisa-se que a manifestação, expressa ou tácita, deve ser diretamente voltada para a finalidade sexual pretendida e especificamente direcionada para o agente consentido, que, por sua vez, não pode ultrapassar os limites desse consentimento.

Por essa perspectiva, o consentido não deve extrapolar os limites dados pelo consenciente[90], de modo que tanto a ação do autor quanto o resultado desta configuram-se como objetos do consentimento[91]. Deste modo, a anuência para um ato libidinoso não significa, por exemplo, a anuência para a conjunção carnal.

Com relação ao momento em que a manifestação deve ser proferida, tem-se que o consentimento deve ser sempre anterior ou, no mínimo, concomitante à prática do ato, mas nunca posterior.

> "Eventual anuência do proprietário do bem jurídico, manifestada posteriormente à prática da conduta, pode caracterizar, portanto, figuras jurídicas como a renúncia ao direito de queixa ou representação, ou mesmo o perdão do ofendido, mas nunca o consentimento, pois presente, no momento da conduta, o desvalor do resultado e, por consequência, da ação."[92]

Ademais, é possível que a(o) consenciente revogue o consentimento dado anteriormente, até o momento da produção do resultado, pelo que os atos

90. PIERANGELI, José H. Op. cit., p. 103.

91. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. Op. cit., p. 97.

92. STARLING, Sheyla C. S. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 2014. 104p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 85. Ressalta-se que, com as mudanças legislativas trazidas pela Lei 13.718/2018, que tornou todos os crimes contra a liberdade sexual de ação penal pública incondicionada, não é possível a aplicação das figuras jurídicas posteriores ao crime elencadas na citação nos crimes em análise.

ocorridos posteriormente podem ser típicos. Destaca-se que a validade da revogação independe do aceite do(a) consentido(a), uma vez que este não pode se negar a aceitá-la. Para isso, da mesma forma que o consentimento, a revogação deve ser externalizada de alguma forma no mundo exterior para que produza efeitos jurídicos, não bastando a mudança da vontade interna.

No que tange ao sujeito que consente, outro pressuposto para a validade do consentimento é a sua capacidade de compreensão da conduta que vem a anuir,

> "[...] uma vez que o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das consequências da sua expressão."[93]

Nesse sentido, Heloiza Luca, de forma parecida a Pierangeli[94], aponta que

> "[...] a capacidade para a outorga do consentimento equivale à capacidade para a imputabilidade penal. Isso porque o discernimento necessário para a outorga do consentimento está estritamente vinculado àquele necessário ao entendimento do caráter criminoso da conduta realizada pelo agente. Somente podem dispor de bens penalmente relevantes aqueles que conseguem entender o caráter criminoso da ingerência não autorizada sobre os bens jurídicos de outrem."[95]

Contudo, há entendimentos diversos deste, principalmente considerando que a Lei penal admite a prática de atos sexuais consentidos por maiores de 14 anos, de modo que, ao menos nos crimes contra a liberdade sexual, o critério da imputabilidade não se mantém.

Desta maneira, mais coerente é o posicionamento de Sheyla Starling ao expor que

> "[...] embora deva-se ter em conta um critério objetivo – a idade, por exemplo – como parâmetro inicial, tal critério não deve ser dissociado de critérios psicológicos, que recomendam a análise da real capacidade de discernimento do titular do bem. [...] Assim, independentemente da idade do aquiescente,

93. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. Op. cit., p. 98.

94. PIERANGELI, José H. Op. cit.

95. LUCA, H. M. O Consentimento do Ofendido à Luz da Teoria da Imputação Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005. p. 751-752.

> importa ressaltar que o consentimento deve abranger não só o ato mas também as consequências que dele possam advir."[96]

Assim, um suposto consentimento proferido por pessoa que não tenha capacidade para consentir no momento da ação é inválido e, portanto, uma conduta sexual pautada nessa aquiescência inválida pode configurar o crime de estupro de vulnerável.

Por conseguinte, o requisito primordial da validade e eficácia do consentimento é a vontade da(o) titular do bem jurídico, que deve ser manifestada de forma livre, tanto física quanto psicologicamente, uma vez que a

> "[...] declaração de vontade viciada implica a invalidade do consentimento. Não importa qual o vício: erro, dolo, coação etc. A declaração de vontade deve corresponder à vontade real, além de originar-se de uma verdadeira representação da realidade."[97]

Nesse sentido, os principais vícios que descaracterizam a vontade da(o) consenciente e que devem ser considerados são o erro, a coação e a fraude. Sendo assim, para melhor ilustração, serão destacadas possíveis correspondências entre esses e os crimes contra a liberdade sexual, presentes no Capítulo I do Título VI da Parte Especial do Código Penal.

A fraude, conforme os elementos normativos exigidos pelo tipo, permite a correspondência com o crime de *violação sexual mediante fraude*. Com relação aos *outros meios que impeçam ou dificultem a livre manifestação de vontade da vítima* previstos na descrição típica, esses também dizem respeito a meios análogos a fraude.

Quanto ao erro, esse é caracterizado pelo equívoco sobre as circunstâncias ou elementos do fato que ocasionam uma declaração de vontade por parte da(o) consenciente diversa da que teria caso conhecesse a realidade. No entanto, considerando que este vício se caracteriza por um processo intrapsíquico, entende-se que o mesmo é provocado pela(o) própria(o) consenciente ou pelo(a) consentido(a) ou terceiro(a) de forma, no máximo, culposa.[98] Assim, tendo em vista que a violação sexual

96. STARLING, Sheyla C. S. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 2014. 104p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 76-77.

97. REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. 2004. 134p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. p. 71.

98. LUCA, H. M. Op. cit., p. 752-753.

mediante fraude não admite a forma culposa, o erro decorrente do próprio ofendido ou da culpa de outrem que vicie a vontade manifestada não pode ser punido.

De modo diverso, na fraude, o erro provocado na vítima é decorrente do emprego doloso de artifício ou ardil por parte do agente, com vistas a deturpar o conhecimento da(o) consenciente sobre os elementos ou circunstâncias do fato, fazendo-a(o) declarar uma vontade viciada. Assim, a deturpação no conhecimento do sujeito passivo do crime ocorre por estímulos eminentemente externos, não intrapsíquicos. Deste modo, a fraude "não se limita a meras sugestões verbais, devendo consistir em artifícios ou estratagemas que tornem insuperável o erro da vítima, que se engana sobre a identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjunção carnal"[99] ou do ato libidinoso.

Neste ponto, expõe-se a divergência com relação ao posicionamento de Greco e Rassi, que entendem que "o engano sobre a legitimidade do ato sexual não exclui o consentimento", por considerarem que a liberdade sexual não é atingida, uma vez que permanecem aos indivíduos as faculdades do exercício da atividade sexual.[100] No entanto, se por um lado é verdade que o Estado não deve e não pode intervir nos motivos que levam a uma pessoa realizar ou não um ato sexual, por outro, quando a legitimidade deste é viciada por artifícios de terceiro(a), sem os quais a manifestação do consentimento e, portanto, da liberdade individual, não ocorreria, não é possível dizer que não houve lesão ao bem jurídico, uma vez que a liberdade sexual também deve ser exercida livremente e sem vícios.

Para melhor visualização, dá-se como exemplo de conduta que utiliza do engano sobre a legitimidade do ato sexual a hipótese de uma pessoa que, dizendo-se guia religioso, consegue ludibriar a vítima, e, a pretexto de trazer-lhe alguma dádiva divina, com ela mantém conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso sob o engodo de um *ritual* sacro.[101]

No que se refere à coação, física ou moral, a adequação típica poderia ocorrer com os crimes de *estupro* ou *assédio sexual*, apesar deste último não exigir a

99. HUNGRIA, 1947 apud GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 108.

100. GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 109.

101. Um caso que veio à tona recentemente e possui correlação com a hipótese exemplificada é o do médium João de Deus (Cf. RESENDE, Paula. João de Deus é indiciado por violação sexual mediante fraude. *G1*. 20.12.2018. Disponível em: [g1.globo.com/go/goias/noticia/2018/12/20/joao-de-deus-e-indiciado-por-violacao-sexual-mediante-fraude.ghtml]. Acesso em: 13.04.2019.

presença de vício. Ainda, e somente de modo subsidiário, é possível haver o enquadramento no tipo de *importunação sexual*.

Com relação à coação, essa ocorre quando o consentimento é outorgado mediante violência física ou moral, exercida pelo(a) ofensor(a) ou por terceiro(a), de modo que a vontade manifestada contraria a vontade interna da vítima. Assim, é possível dizer que, "na coação, o consenciente tem pleno conhecimento dos elementos e das circunstâncias fáticas que envolvem seu consentimento. A diferença é que a vontade por ele manifestada contraria frontalmente sua vontade interna, devido a uma contra-ação pelo coator".[102]

Por fim, vale apontar a situação peculiar dos casos de assédio sexual. Por um lado, a(o) ofendida(o) pode expressar o seu dissenso com relação as investidas de seu ofensor sem deixar de caracterizar o referido tipo, a menos que este avance em seu intento e adeque sua conduta a outra figura típica. Por outro lado, a mesma pode consentir com a vantagem ou favor sexual, pelo que deve ser verificado a liberdade de escolha desse consentimento. Se a(o) ofendida(o) livremente deseja praticar os atos sexuais, por qualquer motivo, o consentimento é válido. Contudo, se a(o) mesma(o) anui em decorrência de temor existente com relação a pessoa do ofensor ou com relação as consequências de sua recusa, verifica-se a presença de um vício equivalente à coação moral, pelo que o consentimento não é válido. Tais situações são mais facilmente verificadas em contextos de exploração e/ou necessidade, em que o fator econômico e/ou o grau de instrução/escolaridade são determinantes.

Pelo exposto, de modo geral, entende-se que os requisitos de validade do consentimento baseiam-se na capacidade natural de discernimento da(o) consenciente para entender a abrangência da ingerência de terceiros em sua esfera sexual e na vontade manifestada livremente e sem vícios, como a fraude ou a coação, física ou moral.

Ademais, imperioso apontar as considerações tecidas por Soraia R. Mendes no que tange à relação entre o consentimento inválido e a presença de uma violência sexual:

> "Ainda que nem sempre esteja claro em qual ordem de precedência encontra-se a violência reveladora da falta de consentimento, ou a falta de consentimento definidora de uma relação violenta (e daí não sexual), a íntima correspondência

102. LUCA, H. M. O Consentimento do Ofendido à Luz da Teoria da Imputação Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 100, jan./dez. 2005. p. 754.

> entre violência e falta de consentimento, em qualquer uma das hipóteses, é o que demonstra o limite da autonomia do indivíduo."[103]

Nesse sentido, em qualquer hipótese que não haja o consentimento ou que esse tenha sido conferido de maneira inválida, não é possível verificar o exercício pleno da liberdade sexual no sentido aqui exposto. Sendo assim, práticas sexuais realizadas nesses contextos, por consequência, caracterizam alguma forma de violência sexual, que é passível de enquadramento típico penal.

6. Considerações finais

O Direito Penal analisa continuamente os comportamentos sociais como via de se comprovar ou afastar uma adequação típica. Nesse sentido, a dogmática estuda os crimes e a estrutura do delito, buscando trazer um norte para interpretação e aplicação da lei penal, sempre com fundamento na legalidade. No entanto, pondera-se que a análise das condutas penalmente relevantes não deve afastar-se sobremaneira de uma análise da sociedade, averiguando-se as causas e consequências de seus fenômenos políticos e sociais.

Sendo assim, ao se considerar a problemática social das violências sexuais, este trabalho elencou como foco de análise criminal a liberdade sexual, enquanto bem jurídico violado, de modo a apresentar algumas conceituações e propor, por conseguinte, uma visão mais ampla da mesma, com o objetivo de assegurar que as garantias constitucionais da dignidade humana, representadas pelos direitos de liberdade e igualdade, sejam resguardados pelo Estado, em uma visão preventiva e reparadora, que engloba tanto a tutela penal quanto a necessidade de criação de políticas públicas.

Após todas as considerações tecidas a respeito da chamada cultura do estupro, cujo objetivo foi apresentar uma contextualização do cenário atual, a análise do principal bem jurídico tutelado pelos crimes contra a liberdade sexual buscou apresentar uma perspectiva para a mudança no paradigma jurídico de leitura e interpretação das práticas sexuais violentas ou abusivas. Entende-se que os contextos reais e as estruturas sociais que demarcam as violências sexuais no Brasil não podem ser ignoradas quando se quer compreender esse fenômeno. Nesse sentido, é preciso considerar as hierarquias de gênero que estruturam as

103. MENDES, S. R. Foi constrangedor, foi violento e foi estupro. *Carta Capital*. 14.09.2017. Disponível em: [justificando.cartacapital.com.br/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-e-foi-estupro/]. Acesso em: 13.04.2019.

dinâmicas reais dessa violência, entendendo que mulheres e homens estão expostos a essas práticas de maneiras diferentes e que isso também influencia no modo de vivenciá-las e superá-las.

Por conseguinte, a leitura da liberdade sexual proposta foi articulada com o conceito de liberdade como não opressão. A partir dessa articulação, de início, estipula-se que a vivência livre da sexualidade pressupõe a autodeterminação de acordo com uma disposição íntima e não viciada, ao mesmo tempo em que requer a ausência de interferências não quistas ou não consentidas. Isso posto, a liberdade sexual pode ser entendida como a possibilidade de fazer escolhas sobre o próprio corpo e o próprio sexo, ao mesmo tempo em que devem ser levadas em conta as situações e estruturas que condicionam essas escolhas.

Com base em tal conceito, esclarece-se que a ideia de uma visão ampla da liberdade sexual se dá em razão de se propor a consideração de uma multiplicidade de questões que atravessam e estruturam a vivência da sexualidade e os contextos das violências sexuais, antes e depois dos fatos. Acredita-se que tal consideração possa auxiliar na compreensão adequada do que vem a ser o consentimento para práticas sexuais e desmantelar preconceitos morais que acabam culpabilizando as mulheres por violências e abusos sofridos.

Sendo assim, em termos gerais, a violação da liberdade sexual é entendida como a privação da possibilidade de fazer escolhas no âmbito da sexualidade, assim como a criação ou aproveitamento de situações ou estruturas que sujeitam o ato de escolher ou que não permitem uma decisão autônoma.

Por conseguinte, com o referido foco na liberdade e autodeterminação sexual, acredita-se que o *consentimento* seja um elemento chave para a (não) configuração típica dos crimes contra a liberdade sexual na prática jurídica. Ao seguir os critérios jurídicos para a análise de seus requisitos de validade e eficácia, é possível diferenciar uma manifestação sexual livre e válida de interpretações comportamentais preconceituosas e moralizantes. Essas afligem, sobretudo, as mulheres e são frequentemente realizadas tanto pela sociedade quanto pelo sistema de justiça criminal, dentro de um cenário marcado pela culpabilização das vítimas e por uma chamada cultura do estupro.

Assim, conclui-se, primeiramente, que a falta de consentimento por parte da ofendida(o) evidencia a lesão ao seu bem jurídico. Por sua vez, mesmo que exista uma vontade interna, representativa de um consentimento, mas que não tenha sido manifestada no mundo exterior de alguma maneira, dando o aval para a ingerência de um(a) terceiro(a) em sua esfera sexual, não é possível falar-se em consentimento. E, ainda, se o consentimento manifestado externamente

apresentar qualquer vício em sua livre manifestação, e por livre entende-se a correspondente à vontade interna, também não é possível considerar esse consentimento como válido e, portanto, o mesmo é inexistente.

Nesse sentido, qualquer hipótese em que o consentimento, analisado objetivamente no caso concreto por meio de seus requisitos, seja inexistente, há indicação da violação da liberdade sexual do indivíduo, sendo a conduta do ofensor(a) passível de adequação típica em um dos crimes analisados.

Assim, interpretações judiciais advindas da análise do comportamento social da vítima, que não correspondam à análise da anuência direta desta para que uma pessoa específica intervenha em sua esfera sexual, devem ser afastadas do sistema de justiça criminal. Do contrário, há a perpetuação de um cenário marcado por preconceitos de gênero, que revitimizam mulheres ao culpabilizá-las e normalizam comportamentos sexuais violentos por parte dos homens, caracterizando a concepção de *cultura do estupro*.

Por todo o exposto, a proposta aqui apresentada sugere que a análise dos crimes contra a liberdade sexual seja feita pela ótica da inviolabilidade da liberdade sexual, conforme conceituação assinalada, o que pode ser verificado no caso concreto pela averiguação da presença da manifestação de um consentimento livre e válido. Por conseguinte, visa a contribuir com a mudança de uma realidade na qual as mulheres ainda são submetidas a um sexismo institucionalizado, eis que presente nas mais diversas estruturas sociais e agravado conforme se adicionam novos indicadores de opressão.

Assim, ao considerar a consolidação da liberdade sexual como bem jurídico protegido, garantindo o direito ao corpo como parte do exercício da privacidade e reconhecendo a sexualidade como um âmbito de compreensão e realização pessoal, mostra-se ainda mais evidente a necessidade de que o ensino e a atividade jurídica sejam repensados sob uma perspectiva de gênero. Deve-se buscar tanto excluir interpretações antiquadas e machistas quanto avançar na proteção dos direitos das mulheres, considerando-se, ainda, que as decisões e concepções formuladas dentro do Direito servem de paradigma para que haja, também, uma mudança nas estruturas sociais de opressão.

7. Referências bibliográficas

ARCOVERDE, Léo; PERRONI, Adriana. Estado de SP registra 10 casos por dia de importunação ofensiva ao pudor. *G1*. 25.09.2018. Disponível em: [g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/09/25/estado-de-sp-registra-10-casos-por-dia-de-importunacao-ofensiva-ao-pudor.ghtml]. Acesso em: 24.01.2018.

BANDEIRA, Lourdes M.; AMARAL, Marcela. Violência, corpo e sexualidade: um balanço da produção acadêmica no campo de estudos feministas, gênero e raça/cor/etnia. *Revista Brasileira de Sociologia*, v. 5, p. 48-89, 2017.

BARIFOUSE. Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa. *BBC Brasil*. 15.06.2015. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb]. Acesso em: 12.04.2019.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H.; HAUSHEER, R. (Org.). *Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CAMPOS, Carmen H.; MACHADO, Lia Z.; NUNES, Jordana K.; SILVA, Alexandra R. Cultura do estupro ou cultura antiestupro? *Revista Direito GV* (online), v. 13, p. 981-1006, 2017.

COULOURIS, Daniella G. Violência, Gênero e Impunidade: A construção da verdade nos casos de estupro. Encontro Regional de História, 27, Unicamp, 2004. *Anais*, Campinas, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n. 6, p. 69-101, 2000.

EFREM FILHO, Roberto. A reivindicação da violência: gênero, sexualidade e a constituição da vítima. *Cadernos pagu*, n. 50, 2017.

ELIAS, Maria Ligia G. G. R. *Liberdade como não interferência, liberdade como não dominação, liberdade construtivista*. Uma leitura do debate contemporâneo sobre a liberdade. 2013, 149f. Tese de doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FAYET, Fabio A. *O Delito de Estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: Parte Geral. Questões fundamentais a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, ano 11, 2017.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*: Segurança Pública em Números, ano 12, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; IPEA. *Atlas da Violência 2018*. Rio de Janeiro, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA. *A Polícia precisa falar sobre estupro*. Percepção sobre violência sexual e atendimento a mulheres vítimas nas instituições policiais. 2016. Disponível em: [assets--dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/04/FBSP_Datafolha_percepcaoviolenciasexual_set2016.pdf]. Acesso em: 13.04.2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e Invisível*: A vitimização de mulheres no Brasil. 2. ed. 2019. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf]. Acesso em: 25.03.2019.

GRECO, Alessandra O. P.; RASSI, João D. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.

HEILBORN. Maria L. Gênero: um olhar estruturalista. In: PEDRO, J. M. e GROSSI, M. P. (Org.). *Masculino, Feminino, Plural*: gênero na interdisciplinaridade. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Texto para discussão*. "Estupro no Brasil: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014". Rio de Janeiro, jun. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Nota Técnica nº 11*. "Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde". 2014. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica diest11.pdf]. Acesso em: 12.04.2019.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO; LOCOMOTIVA PESQUISA E ESTRATÉGIA. *Pesquisa Violência Sexual*: Percepções e comportamentos sobre violência sexual no Brasil. Dez. 2016. Disponível em: [agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Pesquisa_ViolenciaSexual_2016.pdf]. Acesso em: 12.04.2019.

LUCA, H. M. O Consentimento do Ofendido à Luz da Teoria da Imputação Objetiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* São Paulo, v. 100, p. 739-815, jan./dez. 2005.

MACHADO, Lia Z. Masculinidade, Sexualidade e Estupro: As construções da virilidade. *Cadernos Pagu*, n. 11, p. 231-273, 1998.

MACKINNON, Catharine. *Feminism Unmodified*: discourses on life and law. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MENDES, Soraia da R. Foi constrangedor, foi violento e foi estupro. *Carta Capital*. 14.09.2017. Disponível em: [justificando.cartacapital.com.br/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-e-foi-estupro]. Acesso em: 13.04.2019.

ONU. *Por que falamos de cultura do estupro?* 31.05.2016. Disponível em: [nacoesunidas.org/por-que-falamos-de-cultura-do-estupro/]. Acesso em: 12.04.2019.

PIERANGELI, José H. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

PRANDO, Camila C. de M. O caso do ônibus e a seletividade dos penalistas. *Empório do Direito*, 02.09.2017. Disponível em: [emporiododireito.com.br/leitura/o-caso-do-onibus-e-a-seletividade-dos-penalistas]. Acesso em: 13.04.2019.

REISS, Michel Wencland. *Sobre o consentimento do sujeito passivo*. 2004. 134p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. Tomo I. Fundamentos, la estrutura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La Teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443-458.

SARTORI, Ugo. Mulher sofre importunação sexual a cada 22 horas no transporte público. *R7*. 17.10.2018. Disponível em: [noticias.r7.com/sao-paulo/mulher-sofre-importunacao-sexual-a-cada-22-horas-no-transporte-publico-17102018]. Acesso em: 24.01.2018.

STARLING, Sheyla C. S. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 2014. 104p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

TOMAZELA, José Maria. Delegado é absolvido de estupro da neta; "não há prova segura", diz juiz. *Estadão*. 20.05.2016. Disponível em: [sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,delegado-e-absolvido-de-estupro-da-neta-nao-ha-prova-segura--diz-juiz,10000052549]. Acesso em: 13.04.2019.

VIGARELLO, G. *História do estupro*: violência sexual nos séculos XVI-XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

ZANATTA, M. C; SCHNEIDER, V. M. Violência contra as mulheres: a submissão do gênero, do corpo e de alma. In: BAGGENSTOSS, G. A. (Coord.). *Direito das Mulheres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro, de João Daniel Rassi – *RBCCrim* 92/61-93 (DTR\2011\4647);
- A violência sexual: a epistemologia feminista como fundamento de uma dogmática penal feminista, de Elaine Pimentel e Soraia Mendes – *RBCCrim* 146/305-328 (DTR\2018\18283);
- E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, de Julia Maurmann Ximenes, Soraia da Rosa Mendes e Rodrigo Chia – *RBCCrim* 130/349-367 (DTR\2017\674);
- Perspectivas feministas em criminologia: a interseccionalidade entre gênero, raça e classe na análise do estupro, de Mailô de Menezes Vieira Andrade – *RBCCrim* 146/435-455 (DTR\2018\18287); e
- Sistema de justiça criminal e perspectiva de gênero, de Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Carmen Hein de Campos – *RBCCrim* 146/273-303 (DTR\2018\18282).

Intervención "organizada" en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador

"Organized" intervention in crime: outline of a differentiating model

Juan Pablo Mañalich R.

Doctor en derecho por la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Profesor titular y Director del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
jpmanalich@derecho.uchile.cl

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: O objetivo desta contribuição[1] é delinear um modelo geral do concurso de pessoas, orientado analiticamente, visando a sustentar a proposição de que não é necessário ou conveniente postular critérios de imputação *ad hoc* para a fundamentação da responsabilidade pessoal em contextos de "intervenção organizada".

Palavras-chave: Concurso de pessoas – Autoria – Participação – Acessoriedade – Imputação – Teoria das normas.

Abstract: The purpose of the present contribution is to outline a general model of intervention in a criminal offense, analytically oriented, and aimed at grounding the proposition that it is not necessary to postulate ad hoc imputation criteria for the foundation of personal responsibility in contexts of "organized intervention".

Keywords: Perpetration and participation – Principal – Accessories – Derivative liability – Imputation – Norm-theory.

1. El presente trabajo constituye una versión ampliada y revisada de la ponencia presentada en el *Humboldt Kolleg* titulado "Intervención delictiva en contextos organizados", conjuntamente organizada por la Universidad Diego Portales y la Fundación Alexander von Humboldt, que se desarrollará los días 27, 28 y 29 de octubre de 2015, en la ciudad de Santiago, y como tal apareció publicado en el volumen *Intervención delictiva en contextos organizados* (Tirant lo Blanch, 2017). Agradezco al Prof. Dr. Jaime Couso y al Prof. Dr. Gerhard Werle, coeditores de esta última obra, por su amable autorización para volver a publicar el texto.

Sumário: 1. Introducción. 2. Las formas de intervención bajo el principio de contra-facticidad de la imputación. 3. Acciones principales y acciones auxiliares. 4. La fundamentación de autoría bajo el principio de "economía topográfica". 5. La accesoriedad de la participación. 6. Una aplicación: la variación del "caso Dohna". 7. El problema del "autor del escritorio". 8. Bibliografía citada.

1. Introducción

La pregunta acerca de la relevancia de una organización (de individuos) como contexto de imputación concierne al alcance de las reglas de la "parte general" que especifican los criterios de atribución de responsabilidad aplicables ante la posible intervención de varias personas en un mismo hecho punible. En este nivel, el factor organizacional no tiene impacto alguno en la identificación del objeto de imputación; su incidencia se agota, más bien, en la posibilidad de que una determinada estructura organizacional –criminal, empresarial, militar, etc.– haga operativos determinados criterios de imputación, los cuales se encuentran codificados a través de la configuración de las así llamadas "formas de intervención" en el hecho punible.[2] El objetivo de la presente contribución es esbozar un modelo general de la intervención delictiva, orientado analíticamente, encaminado a sustentar la proposición de que no es necesario ni conveniente postular criterios de imputación *ad hoc* para la fundamentación de responsabilidad personal en contextos de "intervención organizada".

2. Las formas de intervención bajo el principio de contra-facticidad de la imputación

Por "hecho punible" cabe entender el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada. Puesto que la función de la correspondiente norma de prohibición o de requerimiento consiste en servir de razón para la omisión o la ejecución de acciones de cierto tipo, su quebrantamiento ha de identificarse con su falta de reconocimiento como razón vinculante para la omisión o la ejecución de la acción en cuestión. Puesto que una norma (sólo) exhibe el estatus de una razón "objetivamente existente", su fuerza motivacional *qua* premisa de deliberación práctica no se encuentra *per se* asegurada, sino que depende de que esa misma norma sea "subjetivamente reconocida" como tal por su eventual destinatario. De esto se sigue que la constatación

2. Mañalich (2011a) pp. 283 y ss.

de que una determinada acción *no* ha sido ejecutada o *no* ha sido omitida en una situación en la cual una norma fundamentaba, respectivamente, un deber de ejecutar u omitir tal acción, sirve de base para concluir, en la forma de un argumento ("destructivo") en *modus tollendo tollens*, que la respectiva inferencia práctica en efecto no tuvo lugar, esto es: que esa norma no llegó a ser reconocida como premisa de un silogismo práctico.

Ahora bien, en la medida en que el destinatario de la norma no haya extraído la conclusión que se habría seguido de su reconocimiento como premisa de una inferencia práctica, la imputación del quebrantamiento de la norma a título de infracción de deber puede asumir alguna de las dos siguientes modalidades alternativas, a saber: la imputación puede estar fundada o bien en el hecho de que el destinatario de la norma haya estado situacionalmente capacitado para omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida, en cuyo caso la imputación será "ordinaria"; o bien en el hecho de que, no habiendo estado situacionalmente capacitado para ello, su incapacidad se haya seguido de la falta de adopción de una medida de cuidado que él habría sido capaz de adoptar en pos del objetivo de asegurar esa capacidad situacional, en cuyo caso la imputación será "extraordinaria".[3] En uno y otro caso, la no-omisión de la acción prohibida o la no-ejecución de la acción requerida será respectivamente indicativa de una falta de reconocimiento subjetivo de la norma como premisa de deliberación. Y en tanto en cuanto el destinatario de la norma no se haya encontrado situacionalmente incapacitado para transformar la norma –en tanto razón externa– en *motivo*, ni se haya encontrado en una situación que volviera inexigible una motivación con arreglo a la norma, entonces será legítimo *reprocharle* su falta de reconocimiento subjetivo como una infracción de deber *culpable*.[4]

De ahí que, en la comprobación del eventual quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada, el primer paso siempre haya de estar constituido por la pregunta de si una acción de cierto tipo que, bajo la hipótesis de un reconocimiento subjetivo de la norma como razón vinculante, tendría que haber sido omitida o ejecutada, en efecto no fue omitida o no fue ejecutada, según corresponda; en esto consiste lo que quisiera llamar el "principio de la contra-facticidad de la imputación".[5]

3. Acerca de la distinción entre imputación ordinaria e imputación extraordinaria, fundamental Hruschka (1988) pp. 274 y ss., 311 y ss., 326 y ss., 337 y ss.; Hruschka (2005) pp. 55 y ss. Véase también en detalle Sánchez-Ostiz (2008) pp. 32 y ss., 532 y ss.; así como Mañalich (2009) pp. 67 y ss., con referencias ulteriores.
4. En detalle al respecto Mañalich (2013) pp. 9 y ss.
5. Mañalich (2014a) pp. 23 y ss.

Bajo este axioma, y en la medida en que el agente haya dispuesto de la capacidad en el sentido de una "imputación ordinaria" o bien haya sido capaz de asegurar su capacidad en el sentido de una "imputación extraordinaria" para transformar la norma *qua* razón objetiva en motivo para formarse y realizar la intención de omitir o ejecutar la respectiva acción, será posible reprocharle la falta de seguimiento de la norma como una infracción de deber culpable.[6]

Puesto que el respectivo tipo-de-hecho-punible consiste en una descripción que especifica la forma de comportamiento que resulta antinormativa bajo la correspondiente norma de comportamiento, el deber fundamentado por ésta, consistente en omitir la acción prohibida o ejecutar la acción requerida, se deja reformular como el deber de evitar la realización del tipo en cuestión.

Los presupuestos de la imputación jurídico-penal recién reseñados se dejan entender como aquellos que rigen "por defecto": se trata de condiciones que no son sensibles a la especificidad de los casos en que se plantea la posibilidad de una imputación de una misma instancia de realización del tipo, sea disyuntiva o conjuntivamente, a dos o más personas diferentes. Una imputación de la realización del tipo fundada en la satisfacción de tales condiciones de imputación "por defecto" se corresponde con su adscripción a título de autoría directa. En contra de un extendido lugar común, esta comprensión del estatus de una imputación a título de autoría directa no se deja reconciliar con la tradicional caracterización de los "tipos de la parte especial" como "tipos (de delito) de autor". Pues sostener, como aquí se hace, que también la autoría directa constituye una estructura de imputación equivale a sostener que los criterios de autoría son siempre externos al tipo de delito de cuya realización imputable se trata. En tal medida, los tipos-de-hecho-punible se dejan caracterizar como neutrales frente a las condiciones de imputabilidad de su realización. Y esto vale aun tratándose de aquellos tipos cuya estructura determina una restricción de las posibles formas de imputación de su realización a título de autoría, a saber: los tipos-de-delito-especial y los tipos-de-delito-de-propia-mano. Pues aun cuando sólo puede responder como autor de un delito especial quien exhibe la cualidad personal típicamente relevante, en tanto que sólo puede responder como autor de un delito de propia mano quien por sí mismo realiza la correspondiente forma de comportamiento "ejecutivamente auto-involucrante",[7] ello nada

6. Fundamental Kindhäuser (1989) pp. 29 y ss., 50 y ss., 62 y ss. Véase también Mañalich (2009) pp. 46 y ss., 67 y ss.

7. Mañalich (2014b) pp. 44 y ss.

dice acerca de los criterios que *positivamente* determinan que a tal persona en efecto resulte imputable la realización del tipo.[8]

La observación precedente es generalizable: las diferentes formas de intervención en el hecho punible, entendidas como estructuras de imputación, desempeñan una función constitutiva, y no declarativa, en la especificación de los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal. Esta comprensión descansa en una distinción que es tan básica como importante: la distinción entre el objeto y la base de la correspondiente imputación.[9] En lo que aquí interesa, esta distinción se expresa en que el comportamiento de la persona de cuya posible intervención en el correspondiente hecho punible se trata puede tener relevancia tanto para la constitución de aquello que se imputa ("objeto") como para la identificación de la razón que legitima la imputación ("base"). Un déficit capital de la contemporánea dogmática de la intervención delictiva radica en el desconocimiento de esta distinción.

La diferenciación de las formas de intervención en aquellas constitutivas de autoría y aquellas constitutivas de participación sólo se vuelve plausible a través de la aplicación de la distinción entre el objeto y la base de la correspondiente imputación. Pues lo que distingue a cada una de las formas de autoría concierne únicamente a la base de la respectiva imputación, en circunstancias de que aquello que se imputa a título de autoría es siempre la correspondiente realización (no-justificada) del tipo en cuestión, en cuanto *hecho propio*. Por su parte, las diferentes formas de participación también se distinguen en atención a la base para la correspondiente imputación de la misma realización del tipo, pero en cuanto hecho ajeno.

3. Acciones principales y acciones auxiliares

Con ello, el problema de la fundamentación de autoría o participación en referencia a una determinada instancia de realización de un tipo-de-hecho-punible es, categorialmente, un problema de imputación *stricto sensu*. Por esto, a la pregunta de si cada comportamiento constitutivo de alguna posible instancia de intervención delictiva exhibe, por sí mismo, relevancia típica, subyace un error categorial. Para ilustrar esta última proposición, puede ser útil circunscribir la

8. En referencia a los delitos especiales, véase Rotsch (2009) pp. 471 y ss.; Mañalich, (2012) pp. 358 y ss.

9. Véase al respecto Kutz (2000) pp. 115 y ss.; desde una perspectiva diferente, Jakobs (2014) pp. 1 y ss.

indagación a la fundamentación de autoría o participación en referencia a la realización del tipo de un delito de resultado puro.

El problema asociado a cualquier definición del concepto de causa que se enmarque en una teoría de la equivalencia de las condiciones, como lo es la fórmula de la condición mínima suficiente, radica en la aparente indeterminación de la descripción constitutiva del contenido semántico de una norma que prohíbe (nada más que) la producción de un determinado resultado, o bien que requiere (nada más que) el impedimento de un determinado resultado, esto es: de una norma cuyo quebrantamiento sea constitutivo de un delito de resultado puro. La dificultad está dada por la transitividad que usualmente se predica de toda relación causal: si *x* es causa de *y*, e *y* es causa de *z*, entonces *x* es causa de *z*.[10] Esto parecería hacer irresistible la conclusión de que, por ejemplo, el fabricante del arma con la cual es asesinada una persona (también) ha puesto una condición que perfectamente podría y tendría que ser invocada en la explicación causal de la muerte de la víctima. Lo cual a su vez parecería hacer irresistible la conclusión de que, en la medida en que la prohibición de matar (a otro) pudiera ser redefinida sin más como una "mera prohibición de causación", la fabricación del arma posteriormente usada para dar muerte a la víctima resultaría ya prohibida bajo esa misma norma.

Pero el razonamiento anterior, que a veces se invoca a favor de la muy extendida creencia en la supuesta indisponibilidad de la categoría de la así llamada "imputación objetiva",[11] pierde completamente de vista que la prohibición de matar a otro –y en general: cualquier prohibición de la producción de un resultado– constituye una razón para la omisión de acciones que satisfacen una determinada descripción. Esta caracterización funcional se ve estructuralmente expresada en el hecho de que la condición de aplicación de semejante norma de prohibición haya de ser identificada con la existencia de una correspondiente

10. Al respecto Baumgartner y Graßhoff (2004) pp. 55 y ss., con ulteriores referencias, así como con una propuesta de refutación de los principales argumentos dirigidos a poner en cuestión el carácter necesariamente transitivo de toda relación causal; a favor de la negación de la transitividad como propiedad exhibida por toda relación causal, empero, argumenta Moore (2009) pp. 356 y ss. En contra de la propuesta de Moore, aquí basta con asumir –como observa Armstrong (1997) p. 206– que "de la causalidad singular normalmente se habla como transitiva, desde ya si las circunstancias son adecuadas".

11. Fundamental para la crítica de la así llamada "teoría de la imputación objetiva", Kindhäuser (2007a) pp. 451 y ss.; Kindhäuser (2008) pp. 489 y ss.; desde una perspectiva diferente, también Haas (2004) pp. 202 y ss.

"oportunidad-para-la-acción",[12] esto es, una oportunidad para omitir –y por ende: también para ejecutar– una acción que ejemplifique el tipo de acción sometido al respectivo operador deóntico. Puesto que, tratándose de la prohibición del homicidio, el respectivo tipo de acción queda especificado por la descripción "producir la muerte de otro", la condición de aplicación de esa misma norma sólo estará objetivamente satisfecha si alguna persona cualquiera se encuentra –lo sepa o no– en situación de producir la transformación del estado de vida en un estado de muerte de alguna otra persona. Esto significa que la prohibición de matar a otro puede ser caracterizada como una razón *inmediata* para la omisión de una acción productiva de la muerte de otra persona.

Así, la prohibición de matar a otro constituye una razón para la omisión de una acción que, en atención al correspondiente tipo de acción, ha de contar como una acción *principal*, por oposición a una acción *auxiliar*.[13] Es decir: la acción que el destinatario de la norma ha de omitir, en pos de dar seguimiento a ésta, tiene que satisfacer *por sí misma* la descripción que especifica el tipo de acción sometido al operador deóntico de la prohibición.[14] En estos términos, la distinción entre una acción principal y una acción auxiliar es siempre relativa a una determinada descripción, a saber, la descripción que especifica un determinado tipo de acción.[15] Y de esto se sigue, a su vez, que el criterio para la distinción no

12. Fundamental al respecto von Wright (1963) pp. 37, 42 y ss., 45 y ss.; véase también Kindhäuser (1989) pp. 50 y ss.

13. Véase Brennenstuhl (1975) pp. 215 y ss.; Brennenstuhl (1980) pp. 60 y s.; también Kindhäuser (2007b) pp. 360 y ss. Véase asimismo Vogel (1993) pp. 74, 80 y ss.; Mañalich (2009) pp. 127 y ss. En una dirección parcialmente coincidente argumenta Gardner (2007) pp. 66 y ss., aunque interpretando en clave "causalista" la distinción entre acciones principales y acciones auxiliares.

14. En este sentido ya Bierling (1905) pp. 145 y ss., 148 y s., en el marco de una concepción matizadamente subjetivista de la distinción entre autoría y participación; véase también Beling (1906) pp. 245 y ss., 248 y ss., desde una concepción objetivista (en el sentido de la así llamada "teoría objetivo-formal"). Al respecto también Binding (1915) pp. 329 y s., n. 99, aunque a favor de una interpretación considerablemente más restringida del carácter accesorio de la participación.

15. Ciertamente, esto no obsta a que el tipo de acción en cuya correlación con el operador de la prohibición o del requerimiento consiste la norma en cuestión pueda estar constituido por un tipo de acción auxiliar, como sucede tratándose de la prohibición del así llamado "auxilio al suicidio". Lo crucial es advertir, empero, que una acción consistente en prestar colaboración a un suicidio ajeno cuenta, relativamente a *esta* norma, como una acción principal; véase ya Mayer (1915) pp. 387 y s., 405, n. 1.

puede estar construido "causalistamente",[16] como lo supondría, empero, la estrategia de restringir el alcance de la norma por la vía de validar una teoría de la "diferenciación" (por oposición a la equivalencia) de las condiciones,[17] como lo es, por ejemplo, la así llamada "teoría de la causalidad adecuada".[18] Antes bien, el criterio para la distinción sólo puede ser semántico, tal como lo advirtiera Beling:

> "La división no yace, más bien, en el terreno causal, sino en el ámbito típico. La pregunta no es si las condiciones *sine qua non* habrían de ser diferenciadas en atención a su fuerza causal, sino si ellas caen bajo el tipo en sentido estricto o sólo en su zona externa, al igual como las consecuencias del hecho a veces son adecuadas al tipo y a veces externas al tipo." (Beling, 1906, p. 250)

Dejando de lado el hecho de que Beling haga suya una definición de causa como *condicio sine qua non*,[19] su observación coincide exactamente con el criterio aquí favorecido: como acción principal sólo cuenta una acción que satisfaga "por sí misma" la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción. Así, y en palabras de Beling, como acción principal sólo vendrá en consideración una acción que "signifique un 'matar', un 'sustraer', etc.", de modo tal que cualquiera otra acción que también pudiera hallarse causalmente conectada con el respectivo resultado exhibirá el estatus de una acción "necesitada de complemento".[20]

Desde este punto de vista, a la pregunta por la eventual subsunción de una acción auxiliar (o "necesitada de complemento") bajo el correspondiente tipo de acción, por el hecho de que esa misma acción pueda encontrarse causalmente conectada con un evento que satisface la descripción del resultado por referencia al cual se encuentra especificado el tipo de acción en cuestión, subyace

16. Correctamente Vogel (1993) pp. 82 y ss. Véase sin embargo Gardner (2007) pp. 57 y s., 71 y ss., aun cuando bajo una interpretación particularmente laxa de la exigencia de "contribución causal".
17. Véase en este sentido, sin embargo, Binding (1914) pp. 472 y ss.; al respecto Haas (2002) pp. 166 y s. En contra de la caracterización de la posición de Binding como una defensa de una teoría diferenciadora o "individualizadora", véase sin embargo Mayer (1915) pp. 144 y s., n. 1.
18. En contra de semejante estrategia diferenciadora, acertadamente Beling (1906) pp. 249 y s.
19. Y sustituyendo su referencia al respectivo tipo delictivo por una referencia al tipo de acción cuya correlación con el respectivo operador deóntico constituye la norma de comportamiento en cuestión.
20. Beling (1906) pp. 250 y s.

un error categorial.[21] Pues tal pregunta desconoce el carácter contextual de toda explicación causal, que siempre tiene lugar sobre el trasfondo de un correspondiente "campo causal".[22] Éste no es más que el conjunto de circunstancias que pueden ser tenidas como dadas en el contexto de la explicación en cuestión, según cuál sea el interés cognitivo que guía la construcción del respectivo argumento explicativo. Y tratándose de la comprobación de la satisfacción de las condiciones de existencia de un delito consistente en el quebrantamiento de una norma que prohíbe la producción de un determinado resultado, las circunstancias de cuya efectividad depende la existencia de la correspondiente "oportunidad-para-la-acción" pueden ser tenidas, por de pronto, como no necesitadas de explicación, esto es, como pertenecientes al respectivo campo causal.[23] Pues la existencia de semejante "oportunidad-para-la-acción" se identifica con la condición de aplicación de la norma en cuestión, en circunstancias de que es la hipótesis de que la norma en cuestión resultaba situacionalmente aplicable lo que confiere, en retrospectiva, sentido a la correspondiente indagación causal.[24]

Bajo la prohibición del homicidio, una acción consistente en fabricar el arma de fuego a través de cuyo uso alguien produce la muerte de otra persona no cuenta como una acción principal cuya omisión esté exigida –"en sus propios términos"– por esa misma norma. Pues bajo tal descripción, semejante acción

21. El error categorial en cuestión es característico de las interpretaciones "causalistas" de la significación delictiva de la inducción y la complicidad, que tienden a favorecer la adopción de un concepto extensivo o aun unitario de autor; a este respecto, véase la exposición crítica ofrecida por Bloy (1985) pp. 176 y ss. En el contexto angloamericano, especialmente radical en esa dirección resulta el planteamiento de Moore (2009) pp. 280 y ss. Una vez que se advierte la confusión de categorías aquí involucrada, empero, resulta igualmente problemático favorecer una tesis individualizadora para la definición del concepto de causa; así sin embargo Haas (2008) pp. 65 y ss.
22. Fundamental Mackie (1980) pp. 34 y ss., 63 y ss.
23. En este sentido ya Koriath (1994) pp. 422 y s.
24. En contra de lo sugerido por Renzikowski (1997) pp. 38 y s. –en su crítica al planteamiento de Vogel–, no se trata de que, bajo tal concepción, "termine la conexión causal apenas aparece un ser humano en la descripción de las condiciones del resultado". Se trata, en cambio, de que la pregunta por la relevancia causal queda pragmáticamente circunscrita a aquella instancia de comportamiento que puede ocupar el lugar de la ejecución o la omisión de una acción *principal*. Lo cual significa: la identificación de la correspondiente acción principal es previa –en sentido pragmático– a la pregunta por la relevancia causal de *su* ejecución u omisión para con el resultado. En detalle Mañalich (2009) pp. 131 y ss.; Mañalich (2014a) pp. 67 y ss.

sólo puede contar como una acción auxiliar –y más precisamente: preparatoria–, quedando en tal medida "necesitada de complemento". Lo mismo tendría que decirse de una acción consistente en proveer a otro de un arma a través de cuyo uso éste pudiera producir la muerte de otra persona: su conexión con la producción de la muerte de la víctima es relativa a una descripción que la sitúa en una relación de dependencia semántica para con la acción (principal) de otro.[25] En tal medida, resulta irrelevante que, en comparación con la acción consistente en la fabricación del arma, la acción consistente en la entrega del arma pueda exhibir una considerable mayor proximidad temporal con el acaecimiento del evento constitutivo del resultado cuya producción se encuentra sometida a prohibición. Pues bajo la prohibición de la producción de un resultado, la caracterización de una acción como auxiliar –o "necesitada de complemento"– no concierne a su distancia *temporal* del acaecimiento del resultado, sino a su distancia *lógica* de la ejecución de la acción productiva de ese resultado.[26]

4. La fundamentación de autoría bajo el principio de "economía topográfica"

Ahora cabe retomar la clarificación del sentido en el cual las formas de intervención en un posible hecho punible se corresponden con estructuras de imputación diferenciadas. El *telos* de la imputación está constituido por la elaboración discursiva de la frustración de la expectativa puesta en el reconocimiento de la norma como razón vinculante para la evitación intencional de la realización del tipo. Para que semejante determinación teleológica se vuelva operacionalmente eficaz, la imputación puede entenderse sometida a un principio de "economía topográfica",[27] que se sigue de la adopción del principio de la contra-facticidad de la imputación.

En la elaboración de la decepción, ha de partirse examinando la posición de aquella persona que contaba con la correspondiente oportunidad-para-la-acción, esto es: de la persona en cuya situación la norma de prohibición o de requerimiento pudiera representar una razón inmediata para evitar la realización

25. Véase Kenny (2003) p. 139.

26. Ello, en circunstancias de que el estatus de acción principal exhibido por la acción ("inmediatamente") productiva de ese mismo resultado descansa, a su vez, en un criterio de autosuficiencia semántica, esto es: en el hecho de que ella satisface por sí misma la descripción que especifica el tipo de acción sometido al operador de la prohibición.

27. En detalle Mañalich (2014a) pp. 76 y ss.

del tipo. Si, ante el indicio de que el tipo en cuestión pudo haber sido realizado a través del comportamiento de esa misma persona, se comprueba que esa persona contaba como destinataria de la misma norma y que en ella se satisfacían, además, todos los presupuestos de los cuales depende la imputabilidad de su realización, entonces esta persona ocupará "por defecto" el lugar de autor del hecho punible así constituido. En esto consiste el así llamado "derecho primogénito" de la autoría directa.[28]

El esquema de imputación "por defecto" que caracteriza a la autoría directa puede verse alterado en contextos que hagan pertinente el recurso a algún esquema más complejo de adscripción de agencia, en cuanto específicamente sensible a la pluralidad de potenciales intervinientes en la misma instancia de realización del tipo. Esto último es reconocible, en primer término, en la estructura de la autoría mediata, cuyos presupuestos quedan determinados, bajo su comprensión más tradicional, por el principio de responsabilidad.[29]

El primero de esos presupuestos consiste en que la realización no-justificada del tipo en cuestión no sea "ordinariamente" imputable a quien ejecutó u omitió la acción respectiva, sea porque *a su respecto* el hecho no resulta constitutivo de una realización no-justificada del tipo, sea porque ésta no le resulta imputable en el nivel de la constitución del injusto o de la constitución de la culpabilidad por el injusto. Como segundo presupuesto, una persona ubicada "más atrás" –esto es, en una situación "lógicamente distanciada" de la correspondiente oportunidad-para-la-acción– tiene que poder ser tenida por responsable de la situación en la cual la persona "de adelante" ejecuta u omite la acción respectiva sin realizar antijurídicamente, y de modo ordinariamente imputable, el tipo en cuestión; aquí radica la específica base de la imputación de la realización del tipo al autor mediato. Tratándose de la eventual imputación de la realización de un tipo-de-delito-especial, ello sólo será posible, adicionalmente, si la persona "de atrás" exhibe el estatus de cuya satisfacción depende que una persona cuente como *intraneus*. En cualquier caso, el carácter doloso o imprudente del hecho punible así constituido dependerá, exclusivamente, de cuál sea el criterio de imputación subjetiva que se satisfaga en la persona del potencial autor mediato. Y en estos términos, no hay razón alguna para poner en duda la viabilidad constructiva de una imputación a título de autoría mediata en casos en que el criterio de imputación subjetiva que resulte satisfecho respecto de la propia persona "de

28. Schumann (1986) p. 73.

29. Mañalich (2010) pp. 396 y ss.; Mañalich (2011b) pp. 716 y ss.

atrás" consista en un criterio de imputación extraordinaria, esto es: la viabilidad constructiva de una autoría mediata por imprudencia.[30]

El segundo contexto en el cual se ve modificado el esquema de adscripción de agencia "por defecto" es el de una posible coautoría. Aquí, la identificación de la respectiva instancia de realización del tipo vuelve necesario interpretar el comportamiento discreto de dos o más personas como potencialmente expresivo de la adopción –explícita o concluyente– de un patrón de agencia recíprocamente vinculante, y en tal medida unitario, en el sentido de lo que cabe tematizar como un principio de representación recíproca.[31] Para ello es necesario que el comportamiento de cada uno de los respectivos intervinientes pueda ser interpretado como una contribución "representativa", esto es, que sea contextualmente indicativa de la adopción de ese patrón de agencia compartida. Sobre esta base, a cada uno de los intervinientes así vinculados podrá resultar personalmente imputable el quebrantamiento de la norma en la forma de una "infracción de deber conjunta", en el sentido del principio del "hecho global" (*Gesamttat*).[32] Tratándose de la

30. En este sentido ya Mañalich (2009) pp. 148 y s., n. 114. Una posición sólo parcialmente coincidente es defendida por Renzikowski (1997) pp. 262 y ss., 272 y ss., quien sostiene que bastaría con que la persona de atrás disponga de una "representación del riesgo" más acabada que aquella de la cual dispone la persona de adelante, de modo tal que a la primera pueda atribuirse una mayor "capacidad de evitación". Renzikowski no llega a exigir, en consecuencia, la heterogeneidad de los criterios de imputación satisfechos en la persona de adelante y en la persona de atrás, que es precisamente lo que aquí se defiende. Así, consistiendo el déficit de responsabilidad de la persona de adelante en un déficit de conocimiento, en la persona de atrás no ha de presentarse ese mismo déficit: si hay imputabilidad a título de imprudencia consciente a la primera, entonces ha de haber imputabilidad a título de dolo (eventual) a la segunda; si hay imputabilidad a título de imprudencia inconsciente a la primera, entonces ha de haber –a lo menos– imputabilidad a título de imprudencia consciente a la segunda. A favor de la viabilidad constructiva de la autoría mediata por imprudencia, véase Haas (2008) pp. 143 y ss.; decididamente ya Binding (1913) p. 152; Binding (1915) p. 280; Binding (1919) pp. 598 y ss., aunque desconociendo íntegramente la necesidad de heterogeneidad de los criterios de imputación subjetiva aplicables a la persona de atrás y a la persona de adelante.

31. Véase ya Binding (1915) pp. 296 y ss. Más recientemente Kindhäuser (2001) pp. 645 y ss.; así como Haas (2008) pp. 112 y ss.

32. Fundamental ya Binding (1915) pp. 287 y ss.; determinante para la discusión más reciente, Dencker (1996) pp. 120 y ss., 142 y ss.; véase también Van Weezel (2011) pp. 214 y ss. Para una muy refinada clarificación de la estructura del principio del hecho global, entendido como una concreción de la categoría de la "unidad de acción" –o en su propia terminología: de la "doctrina de la co-pertenencia de las acciones"–, véase ya

realización de un tipo-de-delito-especial, ello dependerá, ulteriormente, de que cada uno de ellos cuente como *intraneus*.

Es crucial advertir que la fundamentación de coautoría, así entendida, también queda sometida al principio de la contra-facticidad de la imputación: la constitución de la infracción de deber conjunta no depende de que en el comportamiento discreto de los dos o más potenciales coautores sea "positivamente" reconocible una intención compartida referida a la ejecución o la omisión de una determinada acción en conjunto. Ello depende, más bien, de que *bajo el correspondiente patrón de agencia compartida* sea reconocible un déficit de reconocimiento de la norma como razón para la formación de la intención compartida de evitar la realización del tipo. Así presentada su estructura, tendrían que desaparecer las objeciones a la viabilidad constructiva de una coautoría por imprudencia.

5. La accesoriedad de la participación

Lo que distingue a una adscripción de autoría, en cualquiera de sus formas, es que ella se corresponde con la imputación de la realización del tipo en cuestión, constituida por la no-omisión o la no-ejecución de la correspondiente acción principal, *qua* hecho propio. Esto explica, por contraste, que una contribución consistente en la ejecución o la omisión de una acción (respectivamente) auxiliar, en tanto acción especificada bajo una descripción que la hace lógicamente dependiente de la acción principal cuya no-omisión o no-ejecución se imputa al autor o a los coautores, tenga que ser caracterizada como una instancia de intervención *accesoria*, esto es: de participación.[33]

Así por ejemplo, la posibilidad de vincular la facilitación, por parte de A, de un arma de fuego a B con la eventual producción de la muerte de una tercera persona a manos de B, en el sentido de una complicidad (de A) en un homicidio consumado, es dependiente de que B en efecto llegue a dar muerte a otro por la vía de manipular el arma facilitada por A. Y el mismo estatus exhibiría la omisión, por

Beling (1906) pp. 333 y ss., 390 y ss., 404 y ss., quien afirma, sin embargo, el carácter "hipotético" de la construcción de la correspondiente unidad de acción delictiva; para una enérgica crítica de esta última afirmación, véase Binding (1915) pp. 286 y s., denunciando acertadamente el psicologicismo implicado en la tesis de Beling. De ahí que resulte más satisfactoria la formulación de Bierling (1905) pp. 145 y s., quien habla de la "combinación de una pluralidad de acciones individuales [...] de varios seres humanos en una única unidad de acción".

33. En el sentido de "tener parte en una acción ajena"; así Bierling (1905) p. 145.

parte de A, de una acción impeditiva del acceso de B al arma de fuego a través de cuya manipulación éste produce la muerte de C, en la medida en que A sea garante –característicamente: por vigilancia o aseguramiento– de impedir que el arma no caiga en poder de alguna otra persona.[34] Lo propio rige, *mutatis mutandis*, para la inducción: que A haya determinado a B a dar muerte a otra persona, depende de que B en efecto haya llegado a ejecutar una acción eventualmente productiva de la muerte de otra persona, y que la ejecución de esta última acción (principal) haya estado a lo menos co-motivada por una razón provista –ya sea de modo expreso o concluyente– por A. Y el mismo estatus exhibiría la omisión, por parte de A, de una acción consistente en desactivar una razón capaz de co-motivar a B a dar muerte a otro, en la medida en que A se encuentre en posición de garante a tal respecto.[35]

De este modo, la constitución del correspondiente "hecho principal", imputable al autor como infracción de un deber fundamentado por la norma en cuestión, está lejos de operar como una condición objetiva de la punibilidad de la respectiva instancia de complicidad o inducción. Pues esto último supondría que al partícipe se imputaría el quebrantamiento de una norma distinta de aquella cuyo quebrantamiento imputable constituye el delito del autor o de los coautores.[36] Antes bien: el partícipe no quebranta, por sí mismo, norma alguna, lo cual significa: tampoco una "norma derivativa".[37] Al partícipe se imputa el que-

34. Sobre la posibilidad constructiva de una complicidad por omisión, véase Herzberg (1977) pp. 96 y ss.; Jakobs, 1991, 29/101 y ss.; Vogel, 1993, pp. 279 y ss., 292 y s.; Renzikowski (1997) pp. 139 y ss., 142 y ss.

35. Acerca de la (controversial) posibilidad constructiva de una inducción omisiva, véase Joerden, (1988) pp. 118 y s.; Vogel, 1993, pp. 289 y ss.; también Jakobs, 1991, 29/104.

36. Así sin embargo Renzikowski (1997) pp. 131 y ss.; análogamente ya Stein (1988) pp. 85 y s., según quien "la efectiva ejecución de la acción constitutiva del hecho principal [...] como tal sólo afectaría la necesidad de pena" del propio hecho constitutivo del respectivo "delito de participación". Una y otra posición, en tanto comprometidas con la tesis según la cual la inducción y la complicidad se corresponderían con la contravención de normas de comportamiento diferentes de la norma respectivamente quebrantada por el autor, representan variantes (algo heterodoxas) de un modelo favorable al así llamado "delito de participación"; fundamental para la crítica de tal modelo en su versión más tradicional, Bloy (1985) pp. 172 y ss., 182 y s., 191, 248 y ss., quien acertadamente reconstruye la distinción entre autoría y participación como concerniente a la diferente modalidad de la imputación del quebrantamiento de una y la misma norma de comportamiento, a saber: como "hecho propio" y como "hecho ajeno", respectivamente.

37. Así empero Jakobs (1991) 22/7.Véase, sin embargo, Jakobs (2011) pp. 551 y ss.; Jakobs (2014) pp. 11 y ss., enfatizando (correctamente) que el comportamiento del partícipe

brantamiento de la *misma* norma cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o a los coautores), pero precisamente a título de *participación en* una (única) infracción de deber por parte de otro(s),[38] cuyo comportamiento representa un presupuesto constitutivo de la significación "accesoriamente" delictiva del comportamiento de aquél.[39]

Lo anterior significa que la constitución del correspondiente "hecho principal" no funge como una condición objetiva de la punibilidad del comportamiento del partícipe. Pues esto último supondría que al partícipe se imputaría la realización de un "tipo" –precisamente: el tipo de un correspondiente "delito de participación"– diferente de aquel tipo cuya realización es constitutiva del delito del autor o de los coautores. Antes bien: el partícipe no realiza, por sí mismo, tipo alguno, sino que a él se imputa la realización del mismo tipo cuya realización es imputable al autor o a los coautores, pero precisamente a título de participación en esa realización del tipo por parte de otro(s). De ahí que, en contra de una reciente sugerencia de Jakobs, tampoco sea necesaria la postulación de una "incumbencia" cuya infracción haya de ser reconocible en la contribución delictivamente relevante del partícipe.[40] Esto se vuelve evidente sin más si el fundamento de la relevancia jurídico-penal del comportamiento del partícipe se reconduce, en el sentido de la temprana propuesta de Beling, a la categoría de la "co-pertenencia de acciones".[41] En estos términos, la significación de una eventual acción preparatoria de la posterior ejecución (u omisión) de la respectiva acción principal, cuando aquélla es ejecutada por una persona distinta del autor, es idéntica

no contraviene la norma cuyo quebrantamiento es constitutivo del delito respectivo. A propósito de una "prohibición de la complicidad", Kindhäuser (2007b) pp. 359 y s., 362.; véase sin embargo Kindhäuser (1997) p. 274: *sub specie* realización del tipo, la complicidad *no* constituye un "actuar no permitido".

38. Véase sin embargo Van Weezel (2011) pp. 224 y ss., quien a partir del (justificado) rechazo de la tesis según la cual autores y partícipes infringirían deberes distintos termina "lanzando el bebé junto con la bañera", al reducir la diferencia entre autoría y participación a una diferencia concerniente a "cantidades de configuración" (*ibid.*, pp. 240 y ss.); en la misma dirección ya Robles (2007) pp. 20 y ss., 29 y ss.

39. Al respecto Mañalich (2009) pp. 130 y s.; véase también Joerden (1988) pp. 87 y s., 96 y s., 124 y s.

40. Jakobs (2011) pp. 555 y ss.; Jakobs (2012) pp. 78 y s.; Jakobs (2014) pp. 15 y ss., con la clarificación de que la imputación así fundamentada no sería "extraordinaria" (*ibid.*, p. 18) –lo cual *pace* Jakobs muestra, entonces, lo desafortunado de semejante giro terminológico. En la misma línea de Jakobs, véase también Timpe (2013) p. 157, n. 65.

41. Beling (1906) pp. 390 y ss.

a la significación de esa misma acción preparatoria cuando su ejecución es constitutiva de una "auto-preparación", esto es, cuando ella es ejecutada por el propio autor: "ella no es punible allí donde no es seguida de ejecución alguna; ella es punible allí donde semejante ejecución sí tiene lugar, sólo que naturalmente, a raíz de la duplicidad de hechores, el preparador ha de contar con una pena independiente".[42]

La afirmación del carácter (irreductiblemente) accesorio de la participación, aquí favorecida, puede tener rendimiento en pos del perfilamiento de criterios para la especificación de los presupuestos de una imputación a título de inducción o de complicidad. A este último respecto, y en atención al carácter auxiliar de la acción cuya ejecución u omisión puede ser constitutiva de complicidad, cabe sentar la proposición de que "[s]ólo aquello que el ejecutor necesita puede ser objeto de una prestación de ayuda", de modo tal que "[a]quello que es superfluo, aun cuando pueda expresar una cierta solidaridad con el autor, no constituye una prestación de ayuda".[43] Con ello, la cuestión de la eventual "neutralidad" de la respectiva forma de comportamiento, en términos de su mayor o menor congruencia con determinados estereotipos de la vida social, o bien de su mayor o menor adecuación a un determinado "rol", no puede reclamar significación criteriológica autónoma.[44]

Y en lo tocante a los presupuestos de una imputación a título de inducción, por su parte, la exigencia de que el comportamiento eventualmente constitutivo de participación exhiba el estatus de un efectivo favorecimiento del quebrantamiento de la norma respectiva por parte del autor (o de los coautores) se ve muy exactamente reflejada en la tradicional proposición doctrinal concerniente a la situación del *omnimodo facturus*: quien se halla ya resuelto a ejecutar una acción que habría de ser omitida en pos del seguimiento de una norma de prohibición, no es susceptible de ser determinado a ello por alguna otra persona,[45] así como tampoco puede ser determinado a omitir una acción cuya ejecución habría de ser

42. Beling (1906) p. 397. Obviamente, la expresión "duplicidad de hechores" ha de ser entendida aquí en el sentido de una duplicidad de *intervinientes*.

43. Kindhäuser (2007b) p. 361

44. Véase Jakobs (2012) pp. 80 y s., quien –en su reciente defensa del tópico de la así llamada "prohibición de regreso"– acertadamente destaca el carácter contextual de la atribución de "connotación delictiva" al comportamiento potencialmente constitutivo de participación; al respecto también Jakobs (2014) pp. 28 y ss. Acerca de la futilidad de esta última terminología, véase empero Kindhäuser (2007b) pp. 358 y s.

45. Jakobs (1991) 22/24.

ejecutada en pos del seguimiento de una norma de requerimiento quien –cabría decir: en tanto *omnimodo non facturus*– ya se encuentra resuelto a ello.

6. Una aplicación: la variación del "caso Dohna"

Puede ser conveniente mostrar la capacidad de rendimiento del modelo precedentemente esbozado, en referencia a un caso ficticio, propuesto por Rotsch como variación del célebre caso elaborado por Dohna:

> "T quiere matar a X haciendo explotar su automóvil con una bomba. Enterándose H de ello, éste resuelve aprovechar esto para acabar con su archienemigo Y. Para ello, H señala a T el auto de Y afirmando que se trataría del nuevo vehículo de X. Creyendo lo que le ha dicho H, T instala la bomba en el automóvil de Y. T y H se ponen un lugar seguro. Algunos instantes después se sube Y a su vehículo, resultando muerto a consecuencia de la explosión." (Rotsch, 2009, p. 369)

La posibilidad de hacer responsable a H como autor mediato del homicidio de Y se encuentra excluida, en el marco del modelo aquí favorecido, por la plena imputabilidad de ese mismo homicidio a T a título de dolo, en razón de la irrelevancia del *error in personae vel objecto* padecido por éste. Esto no es más que una implicación de la irrelevancia de la identidad personal de la víctima bajo el tipo del homicidio o bien del asesinato. Que T haya querido matar a una persona distinta de Y –a saber: X–, y que haya sido H quien quería conseguir la muerte de Y, carece de toda importancia una vez que se valida el principio de la contra-facticidad de la imputación. Pues lo único que fundamenta la imputación, en el nivel de la constitución del injusto, es la evitabilidad intencional de la realización del tipo en una situación que provee la correspondiente oportunidad-para-la-acción, que es la situación en la que de hecho se encontraba T. Dado que tampoco se presentan circunstancias que hagan reconocible una contribución "representativa" a la realización del tipo por parte de H, también cabe descartar una imputación del homicidio a T y a H, a título de coautoría.

Rotsch sugiere que tampoco resultaría posible fundamentar, respecto de H, una imputación a título de inducción, argumentando para ello que, de acuerdo con la relación del caso, "T ya estaba resuelto a matar un ser humano (el error en persona es irrelevante), de modo tal que se trata, en tal medida de un *omnimodo facturus*".[46] Pero esto último desconoce cómo debe ser caracterizada la contribución a la

46. Rotsch (2009), p. 370.

realización del tipo desplegada por el inductor, la demostración de lo cual pasa por esclarecer cómo debe ser más precisamente entendida la inducción, en cuanto forma de intervención accesoria, bajo el principio de la contra-facticidad de la imputación.

Según ya se anticipara, del principio de la contra-facticidad de la imputación se sigue, en efecto, la irrelevancia del *error in personae vel objecto* –en el caso: padecido por T– como posible base de exclusión de la imputación. Y esto no sólo ha de valer para la fundamentación de la responsabilidad de T como autor directo, sino también –aun cuando el punto sigue siendo doctrinalmente controversial– para la de aquel que, como H, pudiera eventualmente contar como inductor. Si A provee a B de una razón para matar a C, y B, actuando *por* esa misma razón, sin embargo, llega a matar a D, al confundir a éste con C, entonces el homicidio así configurado será imputable a B *qua* autor directo, en tanto que A podrá ser hecho responsable como inductor. Pues el objeto de la imputación dirigida a B tiene que ser especificado, en tal caso, como consistente en la no-omisión de una acción letal para otro, acción que B llegó a ejecutar transformando en motivo la razón –en tal medida: *explicativa* de su comportamiento– que le proveyera A.[47]

Pero con esto aún no se ha precisado en qué consiste la contribución a la realización del tipo en cuestión que puede fundamentar una responsabilidad a título de inducción. Tal como ya se sostuviera, el inductor ha de proveer una razón que explique la ejecución o la omisión de la respectiva acción (principal) por parte del autor. Esto quiere decir, más precisamente, que la contribución del inductor consiste en proveer una razón cuya invocación haga posible la explicación, por vía de racionalización, del comportamiento del agente (en tal medida) inducido.[48] Y un comportamiento así racionalizado tendrá que ser especificado como un comportamiento que es intencional bajo una determinada descripción que el propio agente tiene por verdadera. Pues una razón se hace motivacionalmente eficaz cuando ella funge como premisa para la efectiva realización de una intención, en circunstancias de que sólo en atención a una descripción de ese

47. Para esta noción de razón explicativa, diferenciada de la noción de razón justificativa o evaluativa, véase sólo Raz (1990) pp. 15 y ss.

48. Véase Joerden (1988) pp. 113 y ss.; Joerden (2011) pp. 558 y ss., según quien lo distintivo de la inducción se encontraría en la generación de una razón para que otro haga o no haga algo a través de un uso *prescriptivo* del lenguaje. Para concepciones asimismo restrictivas, véase Jakobs (1991) 21/22 y s.; Puppe (2011) § 25/3 y ss.; recientemente también Timpe (2013) pp. 157 y ss. En cualquier caso, una determinación restrictiva de los presupuestos de la inducción parece exigida por aquellos modelos regulativos que la someten al mismo régimen de penalidad que la autoría.

comportamiento que el agente haya tenido por verdadera será posible reconocer alguna razón que el agente pueda haber tenido, o haber creído tener, para hacer o no hacer lo que en efecto hizo o no hizo, según corresponda.[49] Y recuérdese: este ejercicio de "racionalización positiva" del comportamiento del autor no viene exigido por la gramática de la fundamentación de la imputación a su respecto, puesto que, justamente como lo hace explícito el principio de la contra-facticidad de la imputación, ésta debe ser entendida como un programa de "racionalización negativa"[50]; antes bien, ello viene exigido por la necesidad de comprobar si alguna otra persona pudo *determinar* motivacionalmente al autor a ejecutar o a omitir la acción , habiendo éste tenido que omitir o ejecutar – en caso de haber reconocido la norma quebrantada como una razón vinculante.

La clave está en la distinción, recién sugerida, entre la situación en la cual el agente ejecuta u omite – motivado por una razón que en efecto él tiene para ejecutar u omitir –, por un lado, y la situación en la cual el agente ejecuta u omite – por una razón que él cree tener para ello, pero que en efecto no tiene, por otro. Para ilustrar la distinción, considérese el ejemplo ofrecido por Parfit:

> "Suponga Ud. que, mientras camina por el desierto, Ud. ha perturbado y enojado a una serpiente venenosa. Ud. cree que, para salvar su vida, Ud. tiene que arrancar corriendo. De hecho, sin embargo, Ud. tiene que quedarse quieto, dado que esta serpiente sólo atacará a objetivos en movimiento. Dada su creencia falsa, sería irracional que Ud. se quedase quieto. Racionalmente, Ud. debería arrancar corriendo. Pero esto *no* es lo que Ud. debería hacer en el sentido que implica [la existencia de] una razón decisiva. Ud. no tiene razón alguna para arrancar corriendo, y tiene una razón decisiva para no arrancar corriendo. Ud. debería quedarse quieto, puesto ésa es la única manera de salvar su vida." (Parfit, 2011, p. 34)

Haciendo uso de la terminología favorecida por Parfit, cabe sostener que si el agente en cuestión arrancara corriendo al divisar la serpiente, creyendo erróneamente que así podría evitar ser mordido por ella, él estaría actuando por una *razón meramente aparente*, esto es, por una razón inexistente, pero cuya invocación sí lograría racionalizar su comportamiento.[51] Y esta razón sólo aparente estaría entonces mediada por la circunstancia de que el agente tiene una creencia *cuya verdad* conllevaría la existencia de una *razón genuina* (o "real").

49. Véase Davidson (2001) pp. 83 y ss.; Brandom (1994) pp. 243 y ss., 253 y ss.
50. En detalle Mañalich (2013) pp. 7 y ss., 20 y s.
51. Parfit (2011) p. 35.

Con esto ya podemos regresar al análisis del caso propuesto por Rotsch. En contra de lo sugerido por éste, no cabe sostener que T contara ya como un *omnimodo facturus* cuando H desplegó su intervención resultante en la formación, por parte de T, de la creencia falsa acerca de la identidad de la persona en cuyo vehículo T hace estallar, en definitiva, la bomba. De acuerdo con lo ya sostenido, la "racionalización positiva" del comportamiento del autor exige privilegiar alguna descripción de su comportamiento bajo la cual sea identificable una razón, genuina o aparente, que explique su ejecución o su omisión de la acción respectiva. En estos términos, T sólo contaba como un *omnimodo facturus* respecto de la ejecución de una acción letal para X, en circunstancias de que la racionalización positiva de su comportamiento vuelve necesario explicar por qué terminó ejecutando, más bien, una acción letal para Y. Para explicar esto último no es posible prescindir de la intervención manipulativa de H, quien, al hacer creer a T que el automóvil de Y sería el automóvil de X, proveyó a T de una razón aparente para que ejecutara una acción, que en efecto consistió en dar muerte a Y, para cuya ejecución T no podía invocar razón alguna –genuina o aparente– con anterioridad a la intervención de H. En tal medida, sería correcto, *ceteris paribus*, hacer responsable a H como inductor del homicidio perpetrado por T en la persona de Y.

La corrección de la solución así alcanzada puede someterse a comprobación si el caso construido por Rotsch se contrasta con la siguiente variación del mismo: todo lo demás siendo igual, H, quien también quiere ver muerto a X, señala correctamente a T cuál es el automóvil de X; haciendo uso de la información así recibida, T instala y hace detonar la bomba en ese automóvil, matando a X. En referencia al caso así constituido, la pregunta de si H proveyó a T de una razón para ejecutar una acción consistente en matar a X debe ser respondida negativamente. Pues esta última descripción (verdadera) de la acción cuya no-omisión se imputa a T es justamente la misma descripción bajo la cual puede ser identificada la razón –genuina o aparente– que T pudo haber tenido para ejecutar esa acción consistente en matar a X, cualquiera sea esa razón. En tal medida, en referencia a esta variación del caso la eventual responsabilidad de H como partícipe en el homicidio imputable a T sólo podría fundamentarse como constitutiva de complicidad, al haber H aportado la información que hizo posible a T identificar (correctamente) el objetivo de su proyecto delictivo.[52]

52. Para no dejar cabos sueltos, cabría añadir todavía una ulterior variación del caso: todo lo demás siendo igual (a la versión del caso presentada por Rotsch), H cree estar

7. El problema del "autor del escritorio"

Un modelo de la intervención delictiva como el aquí esbozado es suficientemente flexible como para resultar operativo para la fundamentación de la responsabilidad de quienes intervienen en un hecho punible en cuanto integrantes de una organización, con independencia de cuál sea el grado de institucionalización y complejidad de ésta. A este respecto, la dificultad capital que enfrenta la elaboración dogmática del problema consiste en el persistente lugar común de que, tratándose de la fundamentación de la responsabilidad de la así llamada "persona del escritorio", habría que recurrir a una determinada forma de intervención como la estructura de imputación por antonomasia. Esta tiende a ser identificada con la autoría mediata, aun cuando a través de su íntegro desacoplamiento del principio de responsabilidad, tal como ello sucede bajo las diferentes variantes de la solución del así llamado "autor (mediato) detrás del autor (directo)", que van desde la construcción roxiniana de una autoría mediata a través de un aparato organizado de poder hasta la validación de lo que Rotsch ha identificado como un "concepto económico de autor" en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán.[53]

Pero no hay razón alguna para asumir que, necesariamente, siempre habría de ser una y la misma estructura de imputación la que resulte pertinente para fundamentar la eventual responsabilidad del "interviniente del escritorio". Si se defiende como aquí se hace la tradicional sujeción de la autoría mediata al principio de responsabilidad, ésta sólo podrá venir en consideración en aquellos casos en los cuales en la o las personas situadas en la situación que provee la correspondiente oportunidad-para-la-acción falle un presupuesto de la responsabilidad, de modo tal que, con arreglo al principio de economía topográfica, pueda redirigirse la imputación a una persona ubicada "más atrás". Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que puedan darse casos en los cuales quepa hablar, *stricto*

engañando a T al señalarle lo que H erróneamente cree que sería el automóvil de Y, que de hecho resulta ser, sin embargo, el automóvil de X, que T entonces hace estallar, matando así a X. En este caso, T sí cuenta como un *omnimodo facturus* en relación con la ejecución de la acción efectivamente letal para X, de modo tal que –ya objetivamente– hay que descartar la posible configuración de una inducción que pudiera servir de base para fundamentar una responsabilidad de H por el homicidio imputable a T. La cuestión de si tal "inducción fallida" podría, no obstante, resultar punible, dependería de si el respectivo ordenamiento jurídico prevé un título de punibilidad "anticipada" para semejante comportamiento puramente preparatorio.

53. Rotsch (2007) *passim*.

sensu, de un autor detrás de un autor. Bajo el modelo aquí favorecido, empero, esa posibilidad sólo es compatible con la estructura de imputación que es propia de la coautoría, que perfectamente puede asumir la forma de una "coautoría vertical".[54]

Para ello es crucial insistir en que la fundamentación de una imputación a título de coautoría depende de que en el comportamiento de cada uno de los dos o más intervinientes sea reconocible una contribución "representativa" a la realización del tipo, sin que ello implique que tal contribución necesariamente habrá de exhibir, por sí misma, relevancia típica. Pues sostener esto último supondría confundir la base con el objeto de la respectiva imputación. El punto decisivo está, ahora bien, en que el carácter representativo de la contribución en cuestión es siempre sensible al contexto, lo cual por de pronto significa: mientras más complejo sea el esquema de conjunción de contribuciones individuales a través de cuya coordinación resulte posibilitada y favorecida la realización del tipo, menor necesitará ser el peso específico de cada contribución, aisladamente considerada.

Lo anterior debe ser complementado, finalmente, con la consideración de que, con total independencia de si el hecho así constituido se corresponde con un delito comisivo u omisivo, la contribución que haga posible la imputación personal del hecho a título de coautoría puede consistir no sólo en la ejecución de una determinada acción, sino también en su omisión, siempre que en este último caso el interviniente en cuestión se encuentre en una correspondiente posición de garantía.[55] Que una persona que ocupa una posición de garantía, verbigracia, por el desempeño de una función de vigilancia pueda contribuir "representativamente", *qua* coautor, a la realización del tipo de un delito comisivo –por ejemplo, por la vía de omitir, en el marco de un esquema de interpretación compartido con los demás intervinientes, una acción potencialmente impeditiva de la realización del tipo–, se vuelve plausible sin más una vez que se diferencian, consistentemente, las preguntas por la base y el objeto de la respectiva imputación.

8. Bibliografía citada

Armstrong, David (1997): *A World of States of Affairs* (Cambridge, Cambridge University Press).

Baumgartner, Michael y Graßhoff, Gerd (2004): *Kausalität und kausales Schliessen* (Berna, Bern Studies Verlag).

54. Lampe (2007) pp. 508 y ss.

55. En detalle Mañalich (2014c) *passim*, con referencias ulteriores.

Beling, Ernst (1906): *Die Lehre vom Verbrechen* (Tubinga, J.C.B. Moht (Paul Siebeck)).

Bierling, Ernst Rudolf (1905): *Juristische Prinzipienlehre*, vol. III (Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)).

Binding, Karl (1913): *Grundriss des deutschen Strafrechts* (Léipzig, Felix Meiner, 8ª edición).

Binding, Karl (1915): *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I (Múnich y Léipzig, Duncker & Humblot).

Binding, Karl (1919): *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo IV (Léipzig, Felix Meiner).

Bloy, René (1985): *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (Berlín, Duncker & Humblot).

Brandom, Robert (1994): *Making it Explicit* (Cambridge (Mass.), Harvard University Press).

Brennenstuhl, Waltraud (1975): *Handlungstheorie und Handlungslogik* (Kronberg, Scriptor).

Brennenstuhl, Waltraud (1980): "Ziele der Handlungslogik", en Lenk, Hans (coord.), *Handlungstheorien interdisziplinär I* (Múnich, Wilhelm Fink Verlag), pp. 35-66.

Davidson, Donald (2001): *Essays on Actions and Events* (Oxford, Oxford University Press, 2ª edición).

Dencker, Friedrich (1996): *Kausalität und Gesamttat* (Berlín, Duncker & Humblot).

Gardner, John (2007): *Offences and Defences* (Oxford, Oxford University Press).

Haas, Volker (2002): *Kausalität und Rechtsverletzung* (Berlín, Duncker & Humblot).

Haas, Volker (2004): "Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik", en Kaufmann, Matthias y Renzikowski, Joachim (coord.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung* (Fráncfort del Meno, Peter Lang), pp. 193-224.

Haas, Volker (2008): *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen* (Berlín, Duncker & Humblot).

Herzberg, Rolf Dietrich (1977): *Täterschaft und Teilnahme* (Múnich, C.H. Beck).

Hruschka, Joachim (1988): *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* (Berlín, Walter de Gruyter, 2ª edición).

Hruschka, Joachim (2005): *Imputación y derecho penal* (trad. Sánchez-Ostiz, Pablo et al., Navarra, Thomson-Aranzadi).

Jakobs, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín, Walter de Gruyter, 2ª edición).

Jakobs, Günther (2011): "Mittäterschaft als Beteiligung", en Paeffgen, Hans-Ullrich et al. (coord.), *Strafrechtswissenschaft zwischen Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 547-562.

Jakobs, Günther (2012): *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann).

Jakobs, Günther (2014): *Theorie der Beteiligung* (Tubinga, Mohr Siebeck).

Joerden, Jan (1988): *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen* (Berlín, Duncker & Humblot).

Joerden, Jan (2011): "Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten", en Paeffgen, Hans-Ullrich et al. (coord.), *Strafrechtswissenschaft zwischen Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 563-580.

Kenny, Anthony (2003): *Action, Emotion and Will* (Londres y Nueva York, Routledge, 2ª edición).

Kindhäuser, Urs (1989): *Gefährdung als Straftat* (Fráncfort del Meno. Vittorio Klostermann).

Kindhäuser, Urs (1997): "Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 12.2.1997 – 2 StR 28/97", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997: pp. 273-275.

Kindhäuser, Urs (2001): "Handlungs-und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", en Bohnert, Joachim et al. (coord.), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 627-653.

Kindhäuser, Urs (2007a): "Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 154, Nº 8: pp. 447-468.

Kindhäuser, Urs (2007b): "Zum Begriff der Beihilfe", en Dannecker, Gerhard et al. (coord.), *Festschrift für Harro Otto* (Colonia, Carl Heymanns), pp. 355-371.

Kindhäuser, Urs (2008): "Risikoerhöhung und Risikoverringerung", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 120, Nº 3: pp. 481-503.

Koriath, Heinz (1994): *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung* (Berlín, Duncker & Humblot).

Kutz, Christopher (2000): *Complicity. Ethics and Law for the Collective Age* (Cambridge, Cambridge University Press).

Lampe, Ernst-Joachim (2007): "Tatersysteme: Spuren und Strukturen", *ZStW* vol. 119, Nª 3: pp. 471-518.

Mackie, John (1980): *The Cement of the Universe* (Oxford, Clarendon (Oxford University Press)).

Mañalich, Juan Pablo (2009): *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos).

Mañalich, Juan Pablo (2010): "La estructura de la autoría mediata", *Revista de Derecho de la PUCV*, Nº 34: pp. 385-414.

Mañalich, Juan Pablo (2011a): "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el derecho penal chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, Nº 2, pp. 279-310.

Mañalich, Juan Pablo (2011b): "Die Struktur der mittelbaren Täterschaft", en Paeffgen, Hans-Ullrich et al. (coord.), *Strafrechtswissenschaft zwischen Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 709-728.

Mañalich, Juan Pablo (2012): "La malversación de caudales públicos y el fraude al Fisco como delitos especiales", *Política Criminal* vol. 7, Nº 14: pp. 357-377.

Mañalich, Juan Pablo (2013): "La exculpación como categoría del razonamiento práctico", en *InDret*, 2013, Nº1. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/944.pdf" http://www.indret.com/pdf/944.pdf].

Mañalich, Juan Pablo (2014a), *Norma, causalidad y acción* (Barcelona, Madrid, Buenos Aires y Sao Paulo, Marcial Pons).

Mañalich, Juan Pablo (2014b): "La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno", *Ius et Praxis* vol. 20, Nº 2, pp. 21-70.

Mañalich, Juan Pablo (2014c): "Omisión del garante e intervención delictiva", *Revista de Derecho UCN* vol. 21, Nº 2, pp. 225-276.

Mayer, Max Ernst (1915): *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung).

Moore, Michael (2009): *Causation and Responsibility* (Oxford, Oxford University Press).

Parfit, Derek (2011): *On What Matters*, tomo I (Oxford, Oxford University Press).

Puppe, Ingeborg (2011): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Baden-Baden, Nomos, 2ª edición).

Raz, Joseph (1990): *Practical Reason and Norms* (Oxford, Oxford University Press, 2ª edición).

Renzikowski, Joachim (1997): *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tubinga, Mohr Siebeck).

Robles, Ricardo (2007): *Garantes y cómplices* (Barcelona, Atelier).

Rotsch, Thomas (2007): "Der ökonomische Täterbegriff", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2007: pp. 260-265.

Rotsch, Thomas (2009): "*Einheitstäterschaft*", *statt Tatherrschaft* (Tubinga, Mohr Siebeck).

Sánchez-Ostiz, Pablo (2008): *Imputación y teoría del delito* (Montevideo y Buenos Aires, B de F).

Schumann, Heribert (1986): *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen* (Tubinga, Mohr Siebeck).

Stein, Ulrich (1988): *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre* (Berlín, Duncker & Humblot).

Timpe, Gerhard (2013): "Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2013: pp.145-161.

Van Weezel, Alex (2011): *Límites de la imputación penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

Vogel, Joachim (1993): *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlín, Duncker & Humblot).

Von Wright, Georg Henrik (1963): *Norm and Action* (Londres, Routledge & Kegan Paul).

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A intervenção penal para a proteção dos direitos e liberdade fundamentais: linhas de acerto e desacerto da experiência brasileira, de Isaac Sabbá Guimarães – *RT* 797/450-468 (DTR\2002\137);
- Bases e perspectivas da teoria constitucionalista do delito (do fato punível), de Luiz Flávio Gomes – *RT* 816/415-425 (DTR\2003\583);
- Existe lugar ainda para a prevenção especial positiva? (sobre a incidência do princípio da intervenção mínima sobre a pena), de Alcides Marques Porto Pacheco – *RT* 898/479-500 (DTR\2010\254); e
- Para um sistema renovado do facto punível, de Jorge de Figueiredo Dias – *RBCCrim* 112/107-122 (DTR\2015\1976).

Bitcoin e lavagem de dinheiro: como as criptomoedas podem revolucionar o crime de lavagem de dinheiro

Bitcoin and money laundering: how does cryptocoins can revolutionize money laundering

Lucas Miranda

Mestrando e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado. ORCID: 0000-0002-9682-1115
lucasmiranda@tuliovianna.adv.br

Túlio Vianna

Pós-Doutor em Direito pela Università Di Bologna. Doutor em Direito Pela UFPR. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.
ORCID: 0000-0002-8002-3960
tuliovianna@tuliovianna.adv.br

Recebido em: 18.07.2019
Aprovado em: 06.10.2019
Última versão dos autores: 11.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Digital

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os novos métodos de lavagem de dinheiro no paradigma das criptomoedas, especialmente através do *Bitcoin*. Para essa finalidade, realizou-se uma pesquisa acerca do funcionamento desta criptomoeda, expondo, de forma simplificada, sua tecnologia. Seguidamente, analisa-se alguns aspectos do tipo penal de lavagem de dinheiro relevantes no ambiente virtual. O ponto central do trabalho é a investigação das novas tipologias de lavagem de capitais resultantes do advento das criptomoedas. Por fim, procura-se refletir sobre possíveis modificações legislativas para fomentar o sistema brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro. Ressalta-se que as

Abstract: This article aims to analyze the new methods of money laundering in the cryptocurrency paradigm, especially through Bitcoin. For this purpose, an investigation will be carried out on the Bitcoin operation, exposing its technology in a simplified manner. Next, we discuss some relevant aspects of money laundering in the virtual environment. The central point of the work is the investigation of the new typologies of money laundering resulting from the advent of cryptocurrencies. Lastly it is sought to evaluate proposals for legislative changes to promote the Brazilian system of prevention of money laundering. We concluded that cryptocurrencies characterize a relevant social change of the 21st

criptomoedas caracterizam uma modificação social relevante do século XXI e que, a despeito dos benefícios da sua utilização, a facilidade de sua aplicação no crime de lavagem de dinheiro manifesta a necessidade de modernização da legislação brasileira.

Palavras-chave: Criptomoedas – *Bitcoin* – *Blockchain* – Lavagem de Dinheiro – Prevenção.

century and that, despite the benefits of its use, the ease of its application in the crime of money laundering manifests the need for modernization of Brazilian legislation.

Keywords: Cryptocurrencies – Bitcoin – Blockchain – Money laundering – Prevention.

Sumário: 1. Introdução: contexto e apresentação do tema-problema. 2. Definição terminológica e objeto de estudo. 3. *Bitcoin*: breves explicações sobre seu funcionamento. 3.1. As incertezas acerca da natureza jurídica do *bitcoin* e do dever das corretoras de reportar transações suspeitas. 4. Lavagem de dinheiro: breves reflexões sobre os aspectos penais do tipo. 5. Lavagem de dinheiro por meio de *bitcoins*. 5.1. Primeiro passo: adquirir *bitcoins*. 5.2. Segundo passo: embaralhar. 5.3. Terceiro passo: integrar. 6. Possíveis modificações legislativas. 7. Considerações finais. Referências.

1. Introdução: contexto e apresentação do tema-problema

No dia 15 de setembro de 2008, o Lehman Brothers, quarto maior banco de investimento dos Estados Unidos, registrou pedido de falência após 158 anos de atuação no setor financeiro norte-americano. Esse evento, conhecido como o ápice da crise econômica internacional de 2008, poderia ter se espalhado por diversas companhias multinacionais se os países atingidos não houvessem optado pela injeção de dinheiro público no setor privado. Independente da análise da eficiência dessa medida, um número considerável de contribuintes se sentiu desconfiado, questionando a legitimidade de governos aplicarem dinheiro público dessa maneira.

O monopólio estatal sobre a moeda era, até então, um paradigma global. Esse cenário permitia que governos elaborassem políticas econômicas que atingissem o poder de compra de toda a população sem necessariamente contar com a sua participação. Entretanto, exatamente 150 dias após o auge da crise econômica, no dia 11 de fevereiro de 2009, um indivíduo – ou um grupo de indivíduos –, sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, publicou no fórum *P2P Foundation*[1] um novo sistema de transação de ativos completamente independente de bancos ou

1. Disponível em: [http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source]. Acesso em: 11.05.2018.

governos, caracterizando o que muitos consideram a maior invenção desde a *internet*. Este é apontado como o dia do nascimento do *Bitcoin*[2].

Influenciado pelo movimento *cypherpunk*[3], Nakamoto explicitou no fórum seu descontentamento com as entidades financeiras, afirmando que "a raiz do problema das moedas convencionais é a confiança necessária para o seu funcionamento"[4] (tradução livre). Como solução, afirmou ter desenvolvido um sistema descentralizado, sem intermediação de terceiros, em que as transações são realizadas diretamente entre dois indivíduos e sua confiabilidade é baseada em um livro de registro que pode ser acessado por qualquer pessoa.

Em um artigo publicado em 2008, Nakamoto já havia demonstrado as bases para a criação do *Bitcoin*. Descreveu o sistema como "uma forma de dinheiro eletrônico capaz de propiciar que pagamentos *online* sejam enviados diretamente de uma parte a outra sem passar por uma instituição financeira[5]" (tradução livre). Interessante observar que no trabalho Nakamoto utilizou a palavra *cash*, que em português significaria "dinheiro em espécie". Na realidade, é exatamente essa a característica principal do *bitcoin*, ser um objeto de troca muito semelhante ao papel moeda, mas no ambiente virtual.

Até a ascensão dessa tecnologia, todas as transações *on-line* eram realizadas por intermédio de um terceiro que conferia e validava as operações. Empresas como MasterCard, Visa, PayPal, realizam essa função mantendo um registro da identidade de seus clientes e dos valores em suas contas. Quando um indivíduo pretende enviar dinheiro para outro, o intermediário verifica e registra a transação, modificando o saldo disponível na conta de cada um.

Essa metodologia sempre foi necessária para evitar que o dinheiro, no ambiente virtual, fosse gasto duas vezes. Como explica Fernando Ulrich (2017, p. 18),

2. Utilizar-se-á no presente trabalho a palavra *Bitcoin*, grafada com a primeira letra em maiúsculo, para se referir ao protocolo que propicia a troca de moedas. A palavra com grafia em minúsculo, por sua vez, será utilizada para se referir à moeda em si.
3. O termo *cypherpunk*, de acordo com Hughes (1997), diz respeito a um movimento que combina ideias do movimento *cyberpunk*, como o espírito do individualismo no ciberespaço, com o uso de criptografia, a fim de proporcionar o desenvolvimento de programas e sistemas que garantam a privacidade na *internet*.
4. "The root problem with conventional currency is all the trust that's required to make it work". Disponível em: [http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open--source]. Acesso em: 11.05.2018.
5. "A purely peer-to-peer version of electronic cash would allow online payments to be sent directly from one party to another without going through a financial institution" (NAKAMOTO, 2008, p. 1).

se o dinheiro eletrônico for um simples arquivo, assim como qualquer documento digital no computador, nada impediria que um indivíduo enviasse esse arquivo para outro mantendo uma cópia em seu computador. Essa situação permitiria que, posteriormente, o mesmo arquivo fosse enviado pelo primeiro indivíduo a um terceiro, caracterizando o gasto duplo. Por óbvio, um sistema que permitisse esse acontecimento não gozaria da segurança ou da confiabilidade necessária para se firmar como meio de troca.

O grande mérito de Nakamoto foi resolver essa questão sem a necessidade de um órgão central de fiscalização. Utilizando-se da criptografia e de um livro de registros público, o *Bitcoin* possibilitou que qualquer usuário pudesse participar do processo de verificação da validade da transação, tornando, assim, a moeda descentralizada (ULRICH, 2017, p. 18).

Além da ausência de intermediário, uma transação de *bitcoins* se assemelha a uma de dinheiro em espécie em outros pontos. Primeiramente, assim como quando um indivíduo entrega uma cédula para outro, a operação pelo protocolo, uma vez realizada, não pode ser suspensa, interrompida ou revertida. Aquele que recebeu os *bitcoins* pode devolvê-los, no entanto, essa será outra operação, e não a reversão da primeira.

Para a realização de uma transação desta criptomoeda também não é necessário que uma parte tenha conhecimento da identidade da outra. O proprietário de uma cafeteria, por meio do pagamento em espécie, pode vender uma xícara de café para um indivíduo completamente desconhecido sem ter dúvidas da validade da transação – bastando, para isso, conferir os elementos de segurança das cédulas entregues. A mesma situação ocorre com a transação de *bitcoins*. Como a operação é irreversível e o método de conferência da validade da moeda recebida é seguro, não há necessidade de se verificar ou armazenar os dados do cliente, como ocorre, por exemplo, em pagamentos por cheque.

Atualmente, qualquer indivíduo pode comprar, vender ou realizar pagamentos por meio de *bitcoins* sem precisar se identificar. A criação de uma carteira eletrônica de *bitcoins*[6] é comumente classificada como "pseudo-anônima"[7]

6. A carteira eletrônica um *software* que permite o armazenamento de *bitcoins* para posterior utilização.

7. De acordo com PFITZMANN e KÖHNTOPP (2001, p. 5), pseudônimos são designações identificáveis de um indivíduo ou um grupo de indivíduos na rede. Enquanto a anonimidade significa que o sujeito não é identificável em um conjunto, a pseudo anonimidade é todo o complexo de graus de identificação entre a anonimidade e a identidade. Além disso, como explicam os autores, utilizando-se mais de uma vez de um mesmo

(BURNISKE; TATAR, 2018, p. 85), pois o usuário não precisa disponibilizar sua identificação para criá-la. Como nas contas numeradas da Suíça, não existem nomes conectados às carteiras eletrônicas. No entanto, todas as transações realizadas por elas ficam armazenadas permanentemente no livro de registro, de forma que é possível a qualquer pessoa verificar as transações efetuadas através de determinada carteira (VAN WEGBERG, et al., 2018, p. 421).

Teoricamente, também é possível conseguir associar o endereço do agente com determinada carteira a partir do *Internet Protocol* (*IP*)[8]. No entanto, programas de computador, como o *The Onion Router* (*Tor*) ou o *Windscribe*, garantem um altíssimo nível de sigilo para os usuários. Utilizando diversos computadores ao redor do globo, esses programas permitem que o comando de um dispositivo – por exemplo o acesso ao *Google* – seja enviado aleatoriamente para outros, formando um caminho criptografado antes de chegar ao seu real destino (MCCOY, et al., 2008, p. 64 e DINGLEDINE, et al., 2004). Ao tentar realizar o caminho inverso, somente se chegará ao último computador da rede criptografada utilizada para a efetivação do comando, que poderá estar em qualquer local do planeta, sem nenhuma relação com aquele que emitiu o comando original (TSCHORSCH; SCHEUERMANN, 2016, p. 2101 e VAN WEGBERG, et al, 2018, p. 421).

Por esse motivo diz-se que o *Bitcoin* pode facilmente ser utilizado de maneira anônima. Não havendo como rastrear o endereço correto do computador que envia uma moeda virtual a outro, não será possível constatar o emissor e o destinatário de uma transação, tampouco a origem do dinheiro.

O *Bitcoin*, então, contém o sigilo do papel moeda sem apresentar suas desvantagens operacionais. Assim, por exemplo, dois indivíduos que pretendem realizar uma compra e venda de um artigo de luxo por meio de criptomoedas não terão que lidar com o transporte e armazenamento de um grande volume de cédulas – bastando estar com seus celulares para realizar a transação[9]. Além disso, como as corretoras de *bitcoins* de vários países não são obrigadas a reportar transações financeiras suspeitas para órgãos de fiscalização, e como essa criptomoeda

pseudônimo, o indivíduo pode criar uma reputação, ou seja, um conjunto de atos identificáveis a seu pseudônimo capazes de serem avaliados pelos demais.

8. O *IP* de um usuário de internet é uma identificação única para cada computador conectado à rede. A partir dele é possível rastrear o endereço da conexão.

9. Nesse sentido, explica de forma bem-humorada POPPER (2015, p. 8) ao comparar a criptomoeda ao ouro: "Bitcoin also held certain obvious advantages over gold as a new place to store value. It didn't take a ship to move Bitcoins from London to New York – it took just a private digital key and the click of a mouse."

pode ser capitalizada em praticamente qualquer local do planeta, a capitalização desse ativo e sua reintrodução no sistema financeiro são facilitados.

2. Definição terminológica e objeto de estudo

Até julho de 2019, pouco mais de 2600 criptomoedas diferentes estavam em circulação no mundo, com valor de mercado de aproximadamente 268 bilhões de dólares[10]. O *Bitcoin*, sozinho, era responsável por capitalizar mais de metade desse valor. Esses números explicitam a força e a aceitação que as criptomoedas vêm demonstrando nas sociedades atuais.

Para entender esse contexto, primeiramente deve-se atentar aos conceitos e tentar esclarecer as diferenças entre moedas eletrônicas e moedas virtuais.

As moedas eletrônicas – ou dinheiro eletrônico – são valores, correspondentes à moeda corrente em determinado país, armazenados por meios eletrônicos, como um dispositivo móvel ou o *chip* de um cartão[11]. Um cartão recarregável utilizado em transporte público, por exemplo, é uma forma de moeda eletrônica[12].

Moeda virtual, por sua vez, é um termo que diz respeito a um objeto sem correspondência com qualquer equivalente material, que pode ser utilizado como meio de troca em ambientes específicos (SILVEIRA, 2018, p. 93). Até o início desta década, as moedas virtuais eram quase exclusivamente criadas e operadas por empresas produtoras de jogos *on-line*, servindo para a compra e venda de

10. Dados disponíveis em: [https://br.investing.com/crypto/]. Acesso em: 17.07.2019.

11. A Lei 12.685/13 define em seu artigo 6º, inciso VI, a moeda eletrônica como "recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento".

12. Explicitou o Banco Central do Brasil (2014, p. 20): "Electronic money, ou e-money, é valor armazenado eletronicamente em um dispositivo, como um chip de um cartão, um computador pessoal ou servidor ou um dispositivo móvel pessoal (celular, por exemplo), que apenas pode ser transferido entre agentes econômicos, eletronicamente. Pertencem a essa categoria os cartões utilizados nos transportes públicos, os gift cards (cartões de presente), os cartões de alimentação ou refeição e os cartões pré-pagos de pedágio". No mesmo sentido, explica Carla Veríssimo de Carli (2006, p. 126), "são elas [moedas virtuais], por exemplo, os cartões com valor acumulado ou depositado – *stores valued devices* – que permitem a 'carga' de um determinado valor no cartão, o qual pode ser usado para compras, pagamentos e transferências de dinheiro via *internet*. É o caso do *Paypal,* sistema criado há seis anos apenas em uso corrente nos Estados Unidos da América, em alguns países da Europa e na China".

itens também virtuais almejados pelos jogadores. Nesse sentido, podem-se citar como exemplos o *Linden Dollar*[13], utilizado no jogo *Second Life*, e o *gold* do jogo *World of Warcraft* (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012, p. 10).

Apesar da maioria dessas moedas poder ser comprada e vendida através de dólares americanos nos *sites* dos jogos, elas nunca excederam, ao menos de forma expressiva, o relativamente pequeno círculo dos *gamers*.

As criptomoedas, por sua vez, são uma espécie do gênero moeda virtual que nasceu a partir da tecnologia apresentada por Nakamoto. A grande diferença dessas é o fato de utilizarem de criptografia assimétrica para descentralizar o sistema de verificação de transações[14] (STELLA, 2017, p. 151). Essa característica possibilitou sua independência perante as empresas produtoras de jogos e, consequente, a expansão da sua utilização. Hoje em dia, já há quem reconheça as criptomoedas como moedas fiduciárias[15] (ULRICH, 2014, p. 84).

Por ser a criptomoeda mais antiga em circulação e a mais utilizada, bem como por sua preponderância no cenário acadêmico e midiático, o presente trabalho se restringirá às dinâmicas de lavagem de dinheiro no âmbito do *Bitcoin*.

No entanto, deve-se ressaltar que outras criptomoedas, como a *Monero* e a *Zcash*, por utilizarem protocolos de registro que dão ainda mais ênfase à privacidade e ao anonimato que o *Bitcoin*, são consideradas mais propícias para a atividade da lavagem de dinheiro. Apesar do presente trabalho, por delimitação temática, jogar luz somente nas transações que envolvem *bitcoins*, deve-se perceber que o terreno das criptomoedas é fértil e apresenta cada dia mais inovações que merecem ser estudadas também no ramo do Direito.

13. Essa moeda virtual recebeu grande atenção da comunidade acadêmica após percepção da existência, no universo virtual, de comportamentos econômicos similares aos observados na economia americana. A respeito, conferir: ERNSTBERGER, Philip. *Linden dollar and virtual monetary policy*, 2009; STOKES, Robert. *Virtual money laundering*: the case of Bitcoin and the Linden dollar. Information & Communications Technology Law, v. 21, n. 3, p. 221-236, 2012; GLASER, Florian et al. *Bitcoin-asset or currency? revealing users' hidden intentions*, 2014.

14. Trabalhos de língua inglesa também se deparam com a necessidade de adotar uma definição terminológica para esses novos conceitos, como explicam Albuquerque e Callado (2015, p. 15) acerca das diferenças de *digital coins*, *digital currencies* e *virtual coins*.

15. Moedas fiduciárias são títulos que não possuem lastro em metais preciosos, mas podem ser utilizadas como meio de troca, unidade de conta e reserva de valor em decorrência da confiança daqueles que a transacionam em quem emitiu o título (MANKIW, 2015, p. 143).

3. *Bitcoin*: breves explicações sobre seu funcionamento

Para compreender a dinâmica da lavagem de dinheiro através do *Bitcoin* deve-se entender, pelo menos de forma superficial, o seu funcionamento. A tecnologia por trás do protocolo é moderadamente complexa para indivíduos sem domínio em programação de computadores. O presente trabalho, por ser voltado, prioritariamente, para profissionais do Direito, procurará apresentar essa tecnologia de forma simplificada, utilizando de metáforas e comparações que, para leitores com relativa experiência em programação, podem se mostrar simplórias.

Bitcoin é uma rede de estrutura "ponto a ponto" (*peer-to-peer* ou P2P) que se baseia na tecnologia *blockchain* para criar um sistema de envio de valores diretamente de um usuário a outro. A tecnologia *blockchain*, por sua vez, é o método de funcionamento da estrutura, que utiliza-se de criptografia, assinatura digital, função *hash* e do protocolo de verificação *proof-of-work* para possibilitar transações confiáveis.

Uma rede ser *peer-to-peer*[16] significa que todos os seus usuários interconectados são pares, ou seja, que não há hierarquia entre eles (ANTONOPOULOS, 2014, p. 161). No *Bitcoin*, qualquer computador da rede pode assumir as funções de criar e inscrever transações no livro de registro. Da mesma forma, os usuários têm acesso a essas operações e são capazes de trabalhar para atestar a sua validade. A principal característica do *Bitcoin*, como já dito, é que não existe um servidor central que desempenha a função de registro e validação de transações.

Blockchain, por sua vez, é o que até este ponto do trabalho chamou-se de livro de registro. É um protocolo que exerce a função de manter as informações de todas as transações, computando os créditos e débitos dos usuários (BURNISKE; TATAR, 2018, p. 49). No entanto, o *blockchain* apresenta certas particularidades que lhe diferem dos livros de registro comuns, presentes em estabelecimentos comerciais, por exemplo.

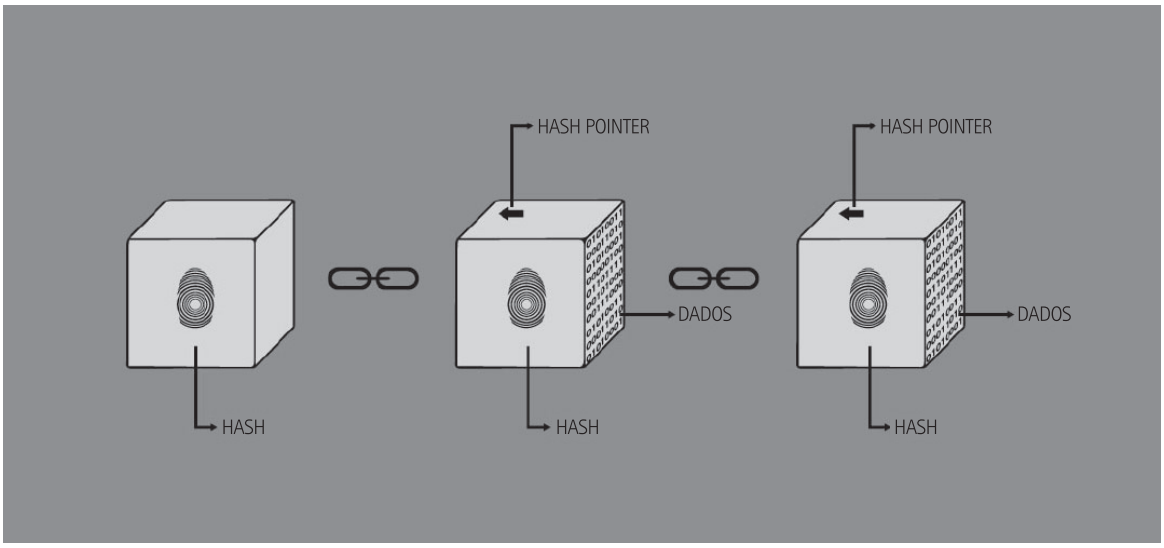
Primeiramente, deve-se mencionar que o *blockchain* é descentralizado, ou seja, todos os usuários do sistema mantêm uma "cópia" dele. Em segundo lugar, como pode-se perceber pelo nome, esse sistema dispõe as informações registradas

16. As primeiras redes construídas com essa arquitetura foram planejadas para disponibilizar arquivos de músicas diretamente entre os usuários. Sobre esse tema, ver a História de Napster. Disponível em: [www.lifewire.com/history-of-napster-2438592]. Acesso em: 13.05.2018.

em forma de cadeia. Cada nova informação será arquivada em ordem cronológica, interligando-se com os dados já armazenados. As informações – que no caso do *Bitcoin* são transações da moeda – são armazenadas em blocos. Para que a informação de um bloco seja considerada válida, ela deve necessariamente corresponder com a do bloco anterior.

Cada bloco contém, além da informação registrada, um número de identificação (*hash*) e a direção do número de identificação do bloco anterior (*hash pointer*). Esse número de identificação, para fins didáticos, pode ser considerado como uma impressão digital. Como essa impressão digital leva em conta o conteúdo do bloco, qualquer modificação em suas informações acarretará sua adulteração.

Figura 1 – Arquitetura do *blockchain*



Fonte: elaborada pelos autores.

Numa abordagem um pouco mais técnica, *hash* é uma função matemática que apresenta três propriedades: a) sua entrada (*input*) pode ser de qualquer ordem de grandeza; b) produz uma saída (*output*) fixa – no caso do *Bitcoin* é de 256-*bits*; e c) é eficientemente computável, ou seja, uma entrada determinada alcançará sempre a mesma saída (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 40). Importante, no entanto, é ter em mente que uma pequena modificação no *input* gera um *output* completamente diferente, de forma que qualquer adulteração no bloco gerará uma impressão digital completamente diferente da anterior[17].

17. Mesmo que seja possível que dois valores de *input* diferentes gerem o mesmo *output*, o que se denomina colisão, essa possibilidade é irrisória. Sem entrar nos detalhes matemáticos,

A *hash pointer*, por sua vez, é uma propriedade que liga cada bloco ao anterior. Utilizando da analogia já apresentada, pode-se pensar na *hash pointer* como um pedaço da impressão digital do bloco anterior. Dessa forma, cada bloco que se liga à cadeia, necessariamente preserva uma informação do bloco anterior.

Dessa maneira, qualquer alteração em um bloco poderá ser detectada. Se houver uma modificação, por exemplo, no bloco *k*, a impressão digital do bloco será completamente diferente da anterior. Consequentemente, o pedaço da impressão digital do bloco posterior (*k + 1*), não será mais compatível com *k*, acusando uma adulteração (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 53).

Pode-se pensar, no entanto, que aquele que modificou um bloco poderia substituir todos os subsequentes para validá-lo. Ocorre que, para adicionar um bloco à cadeia deve-se resolver um "quebra-cabeça" matemático chamado *proof-of-work*. No *Bitcoin*, somente poderá adicionar um bloco à cadeia, aquele usuário que resolver uma função matemática de forma que o resultado – um número binário – inicie-se com um determinado número de *bits* zero. Como a função matemática do *Bitcoin* tem 256-*bits*, para se adicionar um novo bloco à cadeia, o protocolo pode requerer que o usuário tenha que apresentar um *input* que aplicado à função matemática resulte em um *output* cujos primeiros *x bits* sejam zero.

Uma vez que ninguém conseguiu identificar o *input* desta função a partir do *output*, a melhor forma de tentar alcançar o número *x* de zeros é a tentativa e erro (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 49). Portanto, percebe-se que o *proof-of-work* é uma metodologia utilizada para que seja difícil adicionar novos blocos à cadeia. Na realidade, de acordo com o número de computadores tentando exercer essa tarefa, o *Bitcoin* modifica o número de dígitos específicos necessários, com a finalidade de aumentar ou diminuir a dificuldade da tarefa e garantir estatisticamente que o resultado seja alcançado em um período de tempo predeterminado.

Como o sistema é descentralizado e diversos usuários da rede estão trabalhando para conseguir adicionar blocos à cadeia, o usuário que adulterou determinado bloco somente conseguirá resolver os "quebra-cabeças" matemáticos mais rápido que os outros computadores da rede, se for detentor de um poder computacional maior que o de todos os demais usuários em conjunto. Logo, o

pode-se mencionar que Arvind Narayanan, professor na Universidade de Princeton, afirmou que, com a tecnologia atual, demoraria mais de um octilhão de anos para se descobrir uma colisão na SHA-256, *hash* utilizada pelo *Bitcoin* (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 42).

adulterador teria que controlar mais de cinquenta por cento[18] dos computadores ligados à rede para conseguir alterar um bloco, o que é virtualmente impossível (BASTIAAN, 2015, p. 2).

O que garante que um usuário não monopolize o poder computacional de toda a rede é o processo que se chama *mineração*. Minerar *bitcoins* nada mais é que "ouvir" transações novas, que ainda não foram registradas, juntá-las em um novo bloco e começar a "brincar" com o "quebra-cabeça" até conseguir um número *x* de zeros para adicionar o novo bloco à cadeia. Aquele usuário – ou grupo de usuários reunidos – que conseguir resolver o problema matemático e adicionar o bloco à cadeia recebe uma recompensa: uma quantidade predeterminada de novos *bitcoins*, bem como a taxa de envio de todas as transações presentes no bloco. Essa recompensa financeira tem como finalidade garantir que sempre existam usuários na rede dispostos a competir pela validação das transações.

Além disso, o *Bitcoin* trabalha com um sistema de assinatura digital. Uma transação de *bitcoins* só poderá ser adicionada a um bloco se tiver sido assinada digitalmente por seu proprietário. Por esse motivo, mesmo sendo os usuários responsáveis pela adição de blocos à cadeia, torna-se praticamente impossível que uma transação falsa seja incluída no *blockchain*[19] (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 83).

As assinaturas digitais configuram um esquema de segurança utilizado para conferir validade, até mesmo jurídica, a documentos digitais. Essa tecnologia pretende se assemelhar à assinatura física em dois aspectos: a) primeiramente, deve ser possível que qualquer pessoa identifique que o documento foi criado por um indivíduo específico – ou seja, deve ser verificável; b) em segundo lugar, deve ser impossível que alguém possa copiar essa assinatura de um documento e transpô-la a outro (NARAYANAN, et. al, 2016, p. 83).

Para cumprir esses requisitos, as assinaturas digitais se baseiam em um sistema de correspondência entre uma chave pública (*public key* ou *pk*) e uma chave privada (*secret key* ou *sk*). A chave pública deve ser disponibilizada para todos os usuários que quiserem conferir a autenticidade de um documento. A chave privada, como o próprio nome informa, deve ser de exclusividade de um indivíduo.

18. Sobre o "51% attack" conferir também: EYAL; SIRER, 2018; BRADBURY, 2013 e XU, 2016.

19. Explica Narayanan (et. al, 2016, p. 83): "Even if it is Alice's turn to propose the next block in the chain, she cannot steal other users' bitcoins. Doing so would require Alice to create a valid transaction that spends that coin. This would require Alice to forge the owners' signatures, which she cannot do if a secure digital signature scheme is used. So as long as the underlying cryptography is solid, she's not able to simply steal bitcoins."

A assinatura digital é criada a partir de uma função matemática que leva em conta a mensagem do documento e a chave privada do usuário. A verificação da autenticidade, por sua vez, é realizada a partir de outra função matemática em que se insere a assinatura digital do documento e a chave pública disponibilizada e, em seguida, analisa-se o resultado. Se este for o esperado, aquela mensagem terá sido, necessariamente, assinada pela chave privada correspondente (GALLAGHER; KERRY, 2013, p. 13).

Como a chave privada somente deve ser conhecida pelo seu proprietário, com esse procedimento pode-se garantir a todos os usuários que a mensagem foi assinada por determinada pessoa. Como a função matemática para validação da documentação compreende a mensagem do documento, a assinatura não pode simplesmente ser copiada de um documento para outro.

Todo esse sistema garante a funcionalidade e a segurança do *Bitcoin*. Obviamente, para a utilização do ativo não é necessário que o usuário tenha conhecimento técnico sobre seu funcionamento. Assim como muitas pessoas utilizam o *internet banking* todos os dias sem entender os pormenores de sua tecnologia ou de sua segurança, o *Bitcoin* pode ser utilizado através de aplicativos com interfaces simples por qualquer indivíduo que tenha acesso a um telefone celular com *internet*.

3.1. As incertezas acerca da natureza jurídica do bitcoin *e do dever das corretoras de reportar transações suspeitas*

As criptomoedas, até o presente momento, não são formalmente reconhecidas pela legislação brasileira. Por esse motivo, atualmente há uma efervescente discussão doutrinária sobre sua natureza jurídica. Há quem defenda a recepção desses ativos no ordenamento jurídico como unidades comparáveis à moeda estrangeira, assim como fez a Alemanha[20] (THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS, 2014). Outros defendem sua inclusão como *commodities* ou como bens incorpóreos (MORAIS; NETO, 2014). A Comissão de Valores Mobiliários, por sua vez, emitiu uma nota[21], no dia 11 de outubro de 2017, informando que, "a depender do contexto da sua emissão", as criptomoedas podem se enquadrar como valores mobiliários.

20. Publicação da Autoridade Federal de Supervisão Financeira Alemã disponível em: [www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins.html]. Acesso em: 15.05.2018.

21. Nota disponível em: [www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171011-1.html]. Acesso em: 15.05.2018.

A investigação sobre a adequada classificação jurídica das criptomoedas no ordenamento jurídico brasileiro, por recorte temático, não poderá ser realizada no presente trabalho. Para o correto enquadramento nas categorias jurídicas existentes, se faz necessário um estudo próprio e aprofundado sobre as características particulares de cada espécie de criptomoeda.

Não obstante não adentrar na discussão, pode-se enunciar, com segurança, que o *bitcoin* não é reconhecido como moeda nacional. A Constituição Federal brasileira determinou, em seu artigo 164, a competência exclusiva do Banco Central na emissão de moedas. Da mesma forma, a Lei 9.069/95 estipulou, em seu artigo 1º, que "unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL, que terá curso legal em todo o território nacional".

O Banco Central brasileiro, por sua vez, emitiu o Comunicado 31.379[22], informando que as moedas virtuais

> "não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores."

Também não há como reconhecer – pelo menos atualmente – nenhuma criptomoeda como moeda estrangeira. Decididamente, para tal, a criptomoeda deveria ser apontada oficialmente como moeda em algum país. Conforme o *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, documento produzido por analistas norte-americanos acerca da natureza jurídica do *bitcoin* em diversas legislações[23], nenhum país considera essa criptomoeda como moeda nacional (THE LAW LIBRARY OF THE CONGRESS, 2014). Além disso, reconhecendo as moedas virtuais como

22. No mesmo Comunicado, afirmou a instituição: "As empresas que negociam ou guardam as chamadas moedas virtuais em nome dos usuários, pessoas naturais ou jurídicas, não são reguladas, autorizadas ou supervisionadas pelo Banco Central do Brasil. Não há, no arcabouço legal e regulatório relacionado com o Sistema Financeiro Nacional, dispositivo específico sobre moedas virtuais. O Banco Central do Brasil, particularmente, não regula nem supervisiona operações com moedas virtuais". Disponível em: [www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=31379&tipo=Comunicado&data=16/11/2017]. Acesso em: 15.05.2018.

23. Ao mencionar o Brasil, o referido documento comete um equívoco ao apontar a Lei 12.865/03 como dispositivo legal que regula o *Bitcoin*. Ocorre que os pesquisadores norte-americanos entenderam que a referida lei, ao utilizar o termo "moeda eletrônica" como meio de pagamento no Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), estava se referindo às criptomoedas. Como explicitado no item 2 do presente trabalho, estes dois conceitos não se confundem.

moedas estrangeiras, chegaria-se à conclusão que todas as corretoras de *bitcoin* seriam consideradas corretoras de câmbio, e, com isso, deveriam ser constituídas de acordo com a Resolução 1.770 do Banco Central[24].

Essas ponderações são importantes pois, apesar de não haver definição quanto à natureza jurídica das criptomoedas, no que diz respeito à lavagem de dinheiro, pessoas físicas e jurídicas que intermedeiam recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou que operam com a compra e venda de moeda estrangeira, são submetidas a obrigações de identificação de clientes, manutenção de registros e comunicação e operações financeiras suspeitas de constituírem crime de lavagem de capitais.

Portanto, para avaliar se as empresas corretoras de *bitcoins* são obrigadas, nos termos do artigo 9º da Lei 9.613/98, a adotar tais medidas, deve-se observar se o *bitcoin* pode ser enquadrado em uma dessas categorias.

Como o *bitcoin*, ao menos atualmente, não pode ser classificado na legislação brasileira como moeda nacional ou estrangeira, não há falar que as empresas que realizam a compra e venda desses ativos estejam englobadas nos incisos I e II do referido diploma legal[25].

---

24. O BACEN já se manifestou, respondendo na área destinada a perguntas frequentes de seu *site*, sobre a ilegalidade de corretoras de *bitcoin* realizarem remessas de valores ao exterior, comprovando que essas instituições não são consideradas corretoras de câmbio, o que, consequentemente, aduz o não reconhecimento desse ativo como moeda estrangeira na legislação brasileira. Disponível em: [www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2Fmoedasvirtuais.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADAO]. Acesso em: 13.05.2018. Tangenciando esse tema, no entanto, Renato de Mello Jorge Silveira (2018, p. 132 e ss.), apresenta uma discussão sobre a peculiaridade do *bitcoin*. Uma vez que é um ativo existente exclusivamente no meio virtual, o autor defende a impossibilidade de se caracterizar sua compra e venda como transferência internacional, o que impacta diretamente na consideração das corretoras como casa de câmbio, mas também na possibilidade de adequação da conduta na figura típica da evasão de divisas, prevista na Lei 7.492/86.

25. Art. 9º – Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

    I – a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

    II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

    (...)

Da mesma forma, seria incorreto afirmar que essas empresas são classificadas, nos termos do inciso IV, como empresas que realizam transferências de fundos. Como visto, o Banco Central Brasileiro se posicionou no sentido de que essa criptomoeda "não tem garantia de conversão para moedas soberanas". Nesse sentido, uma transferência dessa espécie não pode ser considerada transferência de fundos, pois o ordenamento jurídico nacional não garante sua capitalização. Além disso, como se pode depreender de sua redação, esse dispositivo foi criado para tutelar empresas de cartões eletrônicos ou magnéticos que trabalhem com dinheiro eletrônico, ou seja, com valores correspondentes à moeda corrente que podem ser transferidos eletronicamente. Conforme disposto no item 2 do presente trabalho, dinheiro eletrônico e moedas virtuais não são sinônimos.

Portanto, deve-se concluir que, ao menos legalmente, as companhias que realizam atividade de compra e venda de criptomoedas não são obrigadas a implementar práticas de prevenção à lavagem de dinheiro como outros setores do mercado[26].

Tentando modificar essa situação, o Ministério da Economia emitiu, em 03 de maio de 2019, a Instrução Normativa 1.888, a produzir efeitos em agosto, que disciplina "a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil".

Essa instrução normativa apresenta como dever das *exchanges* domiciliadas para fins tributários no Brasil notificar as transações envolvendo moedas virtuais, com especificação da data e tipo da operação, nome dos titulares, espécie e quantidade de criptomoedas transacionadas, valor em reais da transação e da taxa cobrada pela corretora, bem como número das carteiras eletrônicas envolvidas na transação.

Às pessoas naturais também se requer a notificação das transações de criptomoedas que ultrapassem o valor de trinta mil reais e que tenham sido realizadas com *exchanges* localizadas no exterior ou com outra pessoa natural.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

(...)

IV – as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos.

26. No mesmo sentido é a conclusão de BELLO e SAAVEDRA (2017, p. 166): "Ocorre que a legislação brasileira, em seu estado atual, pautando-se pelo princípio da legalidade, s.m.j., não permite a aplicação dos deveres de informação às *bitcoins exchanges*, ao passo que inegavelmente as moedas virtuais, como é o caso dos bitcoins, não podem ser interpretadas como moeda nacional ou estrangeira e, assim sendo, não se subsumem as disposições contidas no inciso I, do art. 9º da Lei 9.613/98".

Portanto, apesar de não listadas no rol das pessoas obrigadas da Lei de Lavagem de Dinheiro, percebe-se que as corretoras de moedas virtuais passam, agora, a ser alvo de interesse dos órgãos de fiscalização.

Entretanto, deve-se questionar se o Ministério da Economia teria competência para realizar a regulamentação dessa matéria por meio de Instrução Normativa[27]. As Instruções Normativas são atos jurídicos que cumprem o objetivo de esclarecer as leis, a fim de possibilitar a sua aplicação, e não podem criar deveres aos cidadãos (MELLO, 2015, p. 377). Ao que parece, o dever de comunicação imposto a essas empresas não decorre da interpretação da lei de lavagem de dinheiro e, consequentemente, não poderia ser feita por esse meio.

4. Lavagem de dinheiro: breves reflexões sobre os aspectos penais do tipo

Em atenção às diretrizes internacionais da última década do século XX, o Brasil aprovou, em 1998, seu primeiro diploma legal de combate à lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98). A aplicação desta lei, primeiramente, teve como objetivo a supressão do capital utilizado no financiamento de complexas estruturas delitivas, a fim de desmantelar organizações criminosas como os cartéis de drogas latino-americanos. Em 2012, por meio da Lei 12.683, o Poder Legislativo incorporou ao diploma legal novas recomendações e normativas internacionais, aumentando sobremaneira o âmbito de incidência do tipo penal e tornando um tanto quanto confuso seu objetivo.

Atualmente, o crime de lavagem de dinheiro pode ser caracterizado como o

> "ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude" (BADARÓ e BOTTINI, 2016, p. 30).

27. Nesse sentido, explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 278): "Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções".

Por essa definição e pela leitura do tipo penal[28] pode-se apontar alguns aspectos importantes quanto à possibilidade da prática deste fato típico no âmbito das criptomoedas.

Percebe-se, primeiramente, que, apesar de comumente falar-se em lavagem de dinheiro, esse tipo penal também se aplica à ocultação ou dissimulação de outros bens, direitos ou valores oriundos da prática delituosa. A inexistência de uma definição da natureza jurídica das criptomoedas na legislação brasileira não obsta que o *bitcoin* seja tomado como objeto material do delito. Os bens a que se refere o tipo penal em questão não se limitam a coisas corpóreas. Na realidade, a expressão "bens" é utilizada de maneira ampla, abarcando ativos de qualquer tipo[29], e, portanto, não parece haver dúvidas de que moedas virtuais podem ser objeto material do delito em análise.

Conforme leciona Bottini (2016, p. 110), o tipo penal também indica que os bens objeto de lavagem podem ter relação direta ou indireta com a infração penal antecedente. Bens diretamente provenientes de infração penal seriam o produto do crime, como *bitcoins* recebidos pela venda de armas ou *bitcoins* fruto de roubo ou estelionato[30]. Aqueles indiretamente provenientes de infrações penais seriam bens transformados, substituídos ou adquiridos pelos diretamente provenientes do injusto, como *bitcoins* comprados com dinheiro oriundo de corrupção passiva.

---

28. O art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) disciplina *in verbis*: "art. 1º. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal".

29. A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Transnacional, também reconhecida como Convenção de Palermo, recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Lei 5.015/2004, caracteriza, em seu art. 2º, "bens" como "ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos". Da mesma forma, a Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho define bens como "activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos". Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0849&from=pt]. Acesso em: 17.05.2018.

30. Por delimitação temática, o presente trabalho não irá adentrar na questão de se *bitcoins* podem ser objeto de roubo, em razão do requisito da corporeidade presente no artigo 157 do Código Penal Brasileiro. No entanto, interessante registrar que o Reino Unido

Importante realizar uma diferenciação: *bitcoins* provenientes, diretamente ou indiretamente, de infração penal podem ser objeto material do delito, mas, *per si*, não configuram lavagem de dinheiro. Ou seja, os *bitcoins* recebidos a partir da entrega de armas proibidas podem ser, como se demonstrará em seguida, movimentados com o objetivo de dissimular sua origem criminosa. Da mesma forma, as notas recebidas por corrupção passiva podem ser utilizadas para a compra de *bitcoins* com a finalidade de ocultar a origem ilícita – e, posteriormente, por exemplo, justificar o acréscimo patrimonial com a elevação da cotação desta criptomoeda. Entretanto, para configurar o delito de lavagem de dinheiro, essas condutas devem estar acompanhadas de um elemento subjetivo: a vontade de lavar o capital (BOTTINI, 2016, p. 33).

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 450), existem tipos penais com elementos ou requisitos subjetivos que excedem o dolo[31]. Esses elementos, especialmente estudados por Fischer no início do século XX, trouxeram grande dificuldade para a teoria clássica do delito, que, insistindo em manter a análise do dolo na culpabilidade, para sustentar um injusto meramente objetivo, se viu obrigada a reconhecer ao menos um elemento subjetivo na tipicidade.

Atualmente, com a análise do dolo e da culpa na tipicidade, mitigaram-se as divergências acerca da possibilidade de tipos penais apresentarem elementos subjetivos. Esses elementos, como explicam Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 452), podem requerer que a conduta do agente "seja dirigida à obtenção de um objetivo que se encontra 'mais além' do puro resultado ou produção da objetividade típica". Ou seja, pode haver tipos penais em que o agente deva realizar uma conduta como passo prévio para outra, mesmo que para a consumação do delito seja suficiente apenas o primeiro comportamento.

---

presenciou, em 22 de janeiro de 2018, um caso paradigmático: um grupo armado rendeu dois operadores de *Bitcoins* do país e os obrigou a realizar uma transferência da moeda pelo computador. Disponível em: [https://g1.globo.com/economia/noticia/reino-unido-registra-primeiro-roubo-de-bitcoins-a-mao-armada.ghtml]. Acesso em: 17.05.2018.

31. De forma similar é a lição de Santiago Mir Puig (2006, p. 279): "El conocer y querer la realización del tipo – el dolo típico – integra necesariamente la parte subjetiva del tipo doloso, que normalmente no precisa más. Pero en ocasiones la ley requiere que, además, concurran en el autor otros elementos subjetivos para la realización del tipo. Un ejemplo lo ofrece el art. 234 CP, que para la presencia del tipo de hurto exige que el autor tome una cosa ajena 'con ánimo de lucro'. En este caso, el solo tomar una cosa mueble ajena intencionalmente no da lugar todavía al tipo de hurto. Es preciso para ello, que además de conocer y querer tomar la cosa (dolo), el autor lo haga 'con ánimo de lucro'".

A construção teórica acerca dos elementos subjetivos distintos do dolo embasou o entendimento de Bottini no que diz respeito à necessidade de aferição do desígnio ou da intenção de promover a reinserção dos ativos maculados na economia formal com aparência de licitude para caracterização do delito de lavagem de dinheiro. Como pode-se perceber, esse elemento subjetivo especial não se encontra de forma expressa na lei, mas pode ser obtido a partir de uma análise teleológica e a partir da análise da integralidade do sistema penal (BOTTINI, 2016, p. 151).

Deve-se lembrar que a Lei 12.683/2012, que alterou o texto da Lei 9.613/98, procurou tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Esse delito, por sua vez, mesmo que possa ser fracionado, tem em seu cerne a intenção de reinserção dos ativos fruto de ilícito penal no sistema financeiro com a aparência de licitude[32].

Uma ocultação que visa simplesmente manter seguro o produto do crime difere, essencialmente, daquela que tem como finalidade a posterior camuflagem para reintrodução no sistema financeiro. Caso esse fim especial de agir implícito não fosse reconhecido como elementar típica não haveria como diferenciar a tipificação da lavagem de dinheiro em sua primeira modalidade, ou seja, a ocultação, do favorecimento real, tipificado no artigo 349 do Código Penal (BOTTINI, 2016, p. 151).

Esse entendimento foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal após o julgamento dos embargos infringentes na Ação Penal 470. Mesmo que não haja concordância entre os ministros acerca dos requisitos suficientes para atestar a intenção de relocação do valor ilícito no sistema formal, parece consolidado que a ocultação da lavagem não se confunde com a mera ocultação para posterior usufruto dos bens[33].

32. Conforme explica De Carli (2006, p. 113): "A essência do processo, portanto, é separar o dinheiro de sua fonte (o delito antecedente); movimentá-lo tantas vezes quanto possível, criando camadas de operações (através de interpostas pessoas, físicas e jurídicas) que o distanciam cada vez mais da origem e tornam imensamente difícil recompor as pistas de auditoria; para, ao final, reinvesti-lo em uma atividade inserida na economia legal, de forma que pareça ser inteiramente legítimo".

33. Interessante ressaltar um trecho do Acórdão dos Sextos Embargos Infringentes da Ação Penal 470, em que o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que "o recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida".

Portanto, em que pese a Lei 9.613/98 não prever expressamente a intenção especial de reinserção do capital maculado na economia formal, entende-se, com Bottini (2016, p. 152), que para a consumação da lavagem de dinheiro é imprescindível a demonstração da vontade de alcançar a reinserção no plano subjetivo[34].

Aplicando esse entendimento à lavagem de moedas virtuais, portanto, o indivíduo que recebe *bitcoins* pela venda de armas, por exemplo, não estará cometendo nenhuma modalidade do crime de lavagem de dinheiro pelo simples fato de utilizar-se da criptomoeda. Nesse caso, sequer há necessidade de analisar o elemento subjetivo distinto do dolo, uma vez que não há se pensar em lavagem de dinheiro por omissão imprópria do agente que comete o delito antecedente.

Não obstante, ainda que o agente utilize-se do dinheiro que recebeu pela venda de substâncias ilícitas para realizar a compra de *bitcoins*, o crime previsto no art. 1º, *caput*, da Lei de Lavagem de Dinheiro poderá ser vislumbrado, se, e somente se, o agente realizar a ação com a finalidade de utilizar esses *bitcoins* como forma de reintroduzir o capital maculado no mercado formal com aparência de licitude. Se o agente se utiliza da criptomoeda exclusivamente para guardar o proveito do crime, ou para lucrar ainda mais com a valorização da moeda virtual, não há delito de lavagem de dinheiro.

Além do exame do elemento subjetivo, outra análise deve ser realizada para a constatação da consumação do delito de lavagem de dinheiro nos exemplos acima mencionados. Deve-se pensar se há possibilidade de punição em razão da autolavagem, e, em havendo, quais os requisitos e limites para a configuração dessa modalidade do delito.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal 458, proveniente do Estado de São Paulo, em caso paradigmático, confirmou a possibilidade

34. Posicionamento divergente é o de Carla De Carli (2013, p. 280) que entende o tipo penal do favorecimento como exclusivamente "tendente a coibir situações em que a vantagem ilícita assegurada não tenha feição econômica". Assim, restringindo sobremaneira o espectro do delito de favorecimento, a autora diferencia os delitos de lavagem de dinheiro e favorecimento real sem a necessidade de utilizar-se do fim especial de agir. No entanto, essa observação acerca do âmbito de incidência do delito de favorecimento parece estar em desacordo com a doutrina desde de Hungria, que a respeito do proveito do crime, lecionava ser: "tôda vantagem ou utilidade, material ou moral, obtida ou esperada em razão do crime anterior, seja direta ou indiretamente: tanto o produto do crime (ex: a *res furtiva*) ou o resultado dêle (ex.: a posse de menor raptada), quanto a coisa que venha a substituir a que foi objeto material do crime (ex.: o ouro resultante da fusão das jóias subtraídas, ou a coisa que veio a ser comprada com o dinheiro furtado), ou, finalmente, o '*pretium eriminis*'" (HUNGRIA, 1958, p. 505).

de punição do réu que pratica condutas de ocultação e dissimulação da origem ilícita de bens que ele mesmo auferiu a partir de conduta delitiva. Argumentou-se que o bem jurídico da lavagem de capitais é diverso daquele do delito antecedente[35]. O mesmo entendimento foi sustentado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2012, na Ação Penal 470.

Não obstante o firme posicionamento jurisprudencial, Frederico Horta (2016, p. 146), analisando a questão sob a perspectiva do conflito aparente de normas, demonstra que a duplicidade de bens jurídicos não obsta a aplicação do princípio da consunção[36]. Conforme explica, a relação de consunção decorre de uma análise do caso concreto em que percebe-se uma conexão natural entre duas condutas puníveis por tipos penais diversos. Quando uma conduta sancionada por uma norma penal puder ser tomada como forma normal de realização dos pressupostos de outra, pode-se dizer que o desvalor desta já engloba os atos daquela[37].

35. Nos termos da ementa do acórdão: "(...) Não há que se falar em pós-fato impunível, mas em condutas autônomas, caracterizadoras de lavagem de dinheiro, por ter o agente alcançado as vantagens que perseguia com o cometimento do crime. Isso porque, conforme entendimento doutrinário, a lavagem de dinheiro, assim como a receptação é, por definição um crime derivado, acessório ou parasitário, pressupõe a ocorrência de um delito anterior.

    IV – É próprio da lavagem de dinheiro, como também da receptação (Código Penal, art. 180) e do favorecimento real (Código Penal, art. 349), que estejam consubstanciados em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma.

    V – Conforme a opção do legislador brasileiro, pode o autor do crime antecedente, responder por lavagem de dinheiro, dada à diversidade dos bens jurídicos atingidos e à autonomia deste delito" (BRASIL, STJ, 2009).

36. Explica o autor: "Mas nos casos de consunção, como a aparente concorrência das normas incidentes se justifica tão somente por uma conexão corriqueira, normal, porém não necessária entre os injustos que reprimem, ao contrário do que ocorre quando há especialidade, não se pode afirmar que as normas consumida e consuntiva coincidam quanto ao objeto de ofensa. Ora, a prática de um roubo ou de uma extorsão nem sempre importará em lesões corporais leves para a vítima, pois pode ser que o agente sequer empregue violência, mas apenas grave ameaça. Nem todo estelionato envolverá o uso de um documento falso cuja potencialidade lesiva à fé pública venha se exaurir na fraude, pois esta pode ser promovida pelo emprego do simples ardil do agente ou de qualquer outro artifício. E da mesma forma, ainda mais claramente, nem todo homicídio será praticado com emprego de arma de fogo, pondo em risco a incolumidade pública, assim como nem todo estupro importará em injúria, com ofensa ao decoro da vítima" (HORTA, 2016, p. 146).

37. No mesmo sentido, cf. ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 655 e ROXIN, 2014, p. 1011.

A partir dessa reflexão, Horta afirma que a lavagem de dinheiro pode ser considerada uma decorrência comum de alguns crimes antecedentes – como tráfico de drogas e de armas, os crimes contra a administração pública, o sistema financeiro, a ordem tributária ou aqueles praticados por organizações criminosas. Portanto, percebe-se que a punibilidade da autolavagem não deve ser automaticamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. Na realidade, esta deve decorrer da constatação que a lavagem de capitais caracterizou incremento na ofensividade em relação ao que normalmente ocorre no delito antecedente (HORTA, 2016, p. 146).

Esse posicionamento revela especial importância no paradigma das criptomoedas, uma vez que a simplicidade operacional da lavagem de dinheiro por meio do *Bitcoin* poderá propiciar a multiplicação da autolavagem. Atualmente, esse delito se distanciou dos objetivos declarados de conter organizações criminosas complexas e, através da autolavagem, passou a figurar como uma desvantagem que sempre acompanha condenações de crimes que envolvem expressivo fluxo monetário. Como a popularização das criptomoedas pode facilitar sobremaneira a lavagem de produtos de todas as espécies de infrações penais por seus próprios agentes, uma cautelosa reflexão acerca da punibilidade da autolavagem se faz necessária para evitar uma dilatação ainda maior do âmbito de incidência do tipo penal.

5. Lavagem de dinheiro por meio de *bitcoins*

Uma vez analisados alguns aspectos do tipo penal de lavagem de dinheiro, passa-se agora às reflexões acerca das novas modalidades de ocultação e dissimulação de ativos por meio do *Bitcoin*. Deve-se frisar, inicialmente, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar todas as tipologias de lavagem de dinheiro por meio desta criptomoeda. Na realidade, dependendo da criatividade dos agentes, pode-se incorporar a tecnologia em praticamente todos os métodos já conhecidos de lavagem de capitais – utilizando-se, por exemplo, *bitcoins* como meio de pagando em operações superfaturadas, especialmente em decorrência da volatilidade do preço do ativo. No entanto, essas modalidades não decorrem da estrutura operacional do bitcoin, mas apenas o utiliza como bem com valor de mercado variável – como uma joia ou obra de arte – em práticas já conhecidas de lavagem.

O presente trabalho, no entanto, procurará debruçar-se nos novos métodos que utilizam as características do protocolo *Bitcoin* como forma de camuflar a origem infracional dos ativos. Esses métodos, se utilizados como uma etapa de

layering no percurso da lavagem, têm a capacidade de dificultar ainda mais o rastreio do dinheiro fruto de infração penal.

5.1. *Primeiro passo: adquirir* bitcoins

Como visto, todas as transações de *bitcoins* realizadas ficam gravadas no *blockchain*. Essa característica, por óbvio, é prejudicial àqueles que procuram utilizar o protocolo *Bitcoin* para a lavagem de dinheiro, uma vez que, como explica Van Wegberg (et al., 2018, p. 423), "todo o histórico de transações de qualquer carteira virtual está a um clique das autoridades judiciárias"[38] (tradução livre). Desse modo, o anonimato dos operadores depende da não associação entre a carteira virtual e seu real beneficiário (MÖSER, et al, 2013, p. 1).

Para garantir esse sigilo, como já mencionado, o primeiro passo realizado por indivíduos que pretendem navegar na internet com mais privacidade é a instalação de um *software* capaz de camuflar o *IP* do computador, como o *The Onion Router*[39] ou o *Windscribe*[40]. Esses programas atuam de forma a posicionar outros computadores entre os reais envolvidos na realização de um comando, criando uma rede criptografada de pelo menos três pontos. Esse caminho torna virtualmente impossível rastrear o endereço daquele que realizou determinada tarefa

38. "Owing to the blockchain concept, all historic information on any bitcoin address and transactional information is just one mouse-click away for law enforcement authorities" (VAN WEGBERG; et al., 2018, p. 423).

39. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) define o *Tor* como: "an underground distributed network of computers on the Internet that conceals the true IP addresses, and therefore the identities of the network's users, by routing communications/transactions through multiple computers around the world and wrapping them in numerous layers of encryption. Tor makes it very difficult to physically locate computers hosting or accessing websites on the network. This difficulty can be exacerbated by use of additional tumblers or anonymisers on the Tor network. Tor is one of several underground distributed computer networks, often referred to as darknets, cypherspace, the Deep web, or anonymous networks, which individuals use to access content in a manner designed to obscure their identity and associated Internet activity" (GAFI, 2014, p. 6). Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency--key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf]. Acesso em: 19.05.2018.

40. O Windscribe é "um conjunto de ferramentas que funcionam juntas para bloquear anúncios, rastreadores e *web beacons*, restaurar o acesso a conteúdo bloqueado e [...] garantir a sua privacidade online". Ele utiliza de uma Rede Virtual Privada (VPN) para camuflar o *IP* do usuário e dificultar o rastreio das informações disponibilizadas na utilização da internet. Disponível em: [https://prt.windscribe.com]. Acesso em: 17.07.2019.

na internet (MCCOY, et al., 2008, p. 64 e DINGLEDINE, et al., 2004). Interessante observar que o *site* oficial do *Bitcoin* aconselha seus usuários a esconderem seus *IPs*[41].

Após a instalação de algum serviço de camuflagem de *IP*, o agente que pretende realizar uma operação de lavagem de dinheiro pelo *Bitcoin* deverá criar uma carteira eletrônica. Além de, como mencionado na introdução do trabalho, não se vincularem com um documento ou com o nome do beneficiário[42], essas carteiras também podem, ao contrário de contas bancárias, ser criadas sem custo e instantaneamente (NARAYANAN, et al., 2016, p. 63). Assim, um mesmo indivíduo pode administrar quantas carteiras quiser, espalhando seus *bitcoins* em pequenos montantes[43] (VAN WEGBERG, et al, 2018, p. 421). Contando que as carteiras tenham sido criadas e utilizadas somente em computadores que tenham algum programa de camuflagem de *IP*, as possibilidades de identificação do seu proprietário são bem reduzidas (UNODC, 2014, p. 45).

Com a criação de uma ou várias carteiras eletrônicas, deverá o agente adquirir *bitcoins*. Essa operação pode ser realizada de quatro maneiras principais[44]:

41. Informa o *site*: "Because the Bitcoin network is a peer-to-peer network, it is possible to listen for transactions' relays and log their IP addresses. Full node clients relay all users' transactions just like their own. This means that finding the source of any particular transaction can be difficult and any Bitcoin node can be mistaken as the source of a transaction when they are not. You might want to consider hiding your computer's IP address with a tool like Tor so that it cannot be logged". Disponível em: [https://bitcoin.org/en/protect-your-privacy]. Acesso em: 19.05.2018.

42. Como explica Möser, et al, (2013, p. 1): "Bitcoin, by contrast, is designed with pseudonymous identities. Account numbers are public keys of a specific asymmetric encryption system. Account ownership is established by knowing the corresponding private key. Everyone with a computer can create valid key pairs from large random numbers and thus open one or many Bitcoin accounts".

43. Aconselham os desenvolvedores do *Bitcoin*: "To protect your privacy, you should use a new Bitcoin address each time you receive a new payment. Additionally, you can use multiple wallets for different purposes. Doing so allows you to isolate each of your transactions in such a way that it is not possible to associate them all together. People who send you money cannot see what other Bitcoin addresses you own and what you do with them. This is probably the most important advice you should keep in mind". Disponível em: [https://bitcoin.org/en/protect-your-privacy]. Acesso em: 19.05.2018.

44. O agente pode também "minerar" *bitcoins*. Entretanto, para o escopo do presente trabalho essa opção não será levada em consideração por dois motivos: a) primeiramente, ao minerar bitcoins, as criptomoedas recebidas serão novas, sem nenhum rastro, e, consequentemente, sequer precisarão ser objeto de lavagem; b) o preço e a tecnologia

a) pode-se comprar de qualquer indivíduo que tenha *bitcoins* e queira vendê-los; b) pode-se acessar *sites* de corretoras de *bitcoins* (*exchanges*) e realizar a compra; c) pode-se começar a receber *bitcoins* pela disponibilização de bens e serviços (lícitos ou ilícitos); ou d) pode-se realizar a compra em um caixa eletrônico de *bitcoins*.

Para se realizar a lavagem de dinheiro, preferencialmente, o agente procurará realizar a compra desses ativos de pessoas físicas que tenham *bitcoins*. Essa é, provavelmente, a melhor forma de manter a privacidade, uma vez que a relação entre vendedor e comprador é de curta duração e pode ser realizada de forma anônima. Ocorre que, a compra de criptomoedas dessa forma é especialmente arriscada, uma vez que o comprador não terá a segurança de que o indivíduo que oferece as moedas irá, realmente, enviá-las após o depósito do dinheiro.

Para solucionar o problema da confiança, várias empresas de *exchange* foram criadas. Essas companhias atuam como casas de câmbio, comprando e vendendo *bitcoins* aos interessados, de acordo com o preço do mercado. Adquirir expressiva quantidade de criptomoedas dessas empresas é tarefa mais simples que procurar por pessoas naturais.

Atualmente, corretoras de *bitcoins* já são uma realidade no mercado brasileiro, movimentando milhões de reais anualmente. Para transacionar com as principais empresas do ramo, a bem da verdade, deve-se realizar um cadastro *on-line*, que consiste no envio de uma foto que contenha o rosto da pessoa e um documento de identificação com o número do Cadastro de Pessoas Físicas.

No entanto, apesar de grandes *exchanges* nacionais já adotarem práticas de conhecimento do cliente, é difícil garantir que essas empresas atuem de forma a notificar transferências suspeitas. Da mesma forma, é praticamente impossível impedir que outras corretoras menores ou que *exchanges* sediadas no exterior que realizam transações com clientes brasileiros procedam de acordo essas diretrizes[45] (UNODC, 2014).

---

necessárias para tal tarefa não nos parece ser um atrativo no que diz respeito a sua utilização exclusivamente para a lavagem de dinheiro.

45. O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, em seu Manual para Detecção e Investigação de Lavagem de Dinheiro através de Moedas Virtuais, aponta a falta de regulamentação como um fator importante na ampliação dos riscos de envolvimento de corretoras com o crime em questão. Nesse sentido: "Even in cases where there is not deliberate efforts made to make transactions anonymous in this way, the lack of a regulatory requirement to retain records means that the administrating authorities and exchanges may not keep information that would be vital to an investigation. In particular,

Portanto, para se adquirir criptomoedas sem que essas transações de grande monta cheguem ao conhecimento dos órgãos fiscalizadores pode-se utilizar tanto *exchanges* nacionais dispostas a não incluir as transações suspeitas em suas notificações, quanto corretoras estrangeiras, especialmente aquelas sediadas em países que não apresentam grande preocupação com a lavagem de capitais. A principal barreira a se enfrentar nessa tarefa é, se forem utilizados bancos como intermediários na compra de criptomoedas, o dever destes de comunicação[46].

É possível também que as corretoras recebam em suas sedes valores em espécie para a compra de *bitcoins*. A esse respeito, até agosto de 2019, essa compra sequer seria considerada como objeto de notificação obrigatória. Após esta data, deverá o agente procurar corretoras dispostas a descumprirem a determinação de notificação.

A principal forma, no entanto, de se adquirir *bitcoins* após a criação de uma carteira é o recebimento dessa moeda em troca de bens ou serviços prestados. Como já mencionado, o dono de uma cafeteria pode possibilitar que seus clientes, que já têm *bitcoins*, enviem estas criptomoedas e, em troca, recebam suas bebidas. Essa transação também pode ser utilizada por aqueles que pretendem cometer delitos com a finalidade de obter lucro. Traficantes de armas podem, por exemplo, realizar a venda dos produtos ilícitos através da *internet* e receber o pagamento em *bitcoins*[47].

---

information on funding sources, transaction records and customer due diligence records may only be retained for as long as the information is required commercially, if it is gathered at all. Retention periods may therefore not be adequate for investigative purposes, particularly cross-jurisdictional investigations. Additionally, given the lack of regulation, there may be no obligation on the administrating authorities/virtual currency exchanges to report suspicious transactions" (UNODC, 2014, p. 46).

46. Nesse ponto, para dificultar que os bancos reportem as transações, pode o agente utilizar-se de antigas e conhecidas técnicas de dissimulação, como "laranjas", empresas de fachada ou a divisão de valores maiores em menores no depósito e movimentação.

47. Deve-se ressaltar o famoso caso Silk Road. Esse *site*, registrado na rede *Tor* em 2011, funcionava como um mercado *on-line*, aos moldes do *eBay*, interligando indivíduos de modo anônimo. Entre as mercadorias disponíveis para compra e venda encontravam-se drogas, armas e identidades falsas (CHRISTIN, 2013 e BARRATT, 2012). O sistema de pagamento do site utilizava a mesma metodologia do *PayPal*. Entretanto, não se aceitava nenhuma moeda soberana, apenas bitcoins. Um indivíduo que desejasse realizar uma compra escolhia o produto e efetuava o pagamento enviando bitcoins a uma carteira administrada pelo próprio site. A partir daí, o site informava ao vendedor que a transferência havia sido realizada e este enviava o produto, geralmente pelo correio,

Crimes cibernéticos, em especial, costumam utilizar desse meio de pagamento. Condutas como *hackers* invadindo dispositivos informáticos, criptografando dados pessoais ou empresariais e requerendo "resgate" em *bitcoins* não são infrequentes atualmente (YOUNG; YUNG, 2017 e TUTTLE, 2016). Além disso, de acordo com a Europol, cerca de 40% dos pagamentos de criminosos a criminosos investigados por crimes informáticos na Europa são realizados através de *bitcoins* (EUROPOL, 2015, p. 46). A grande vantagem dessa forma de obter criptomoedas é a supressão da crítica fase de contato com agentes obrigados a reportar transações suspeitas.

Uma última maneira possível de se adquirir as criptomoedas anonimamente é por meio de um caixa eletrônico[48]. A utilização dos caixas eletrônicos de *bitcoin* se assemelha muito à operação de um terminal de recarga de cartões de ônibus ou metrô. O usuário deve digitalizar a *QR Code* referente à sua carteira virtual, e, em seguida, inserir a quantia, na moeda corrente, que deseja comprar em *bitcoins* (HYMAN, 2015, p. 295).

Assim como os bancos, alguns fabricantes de caixas eletrônicos de *bitcoins*, a fim de evitar a compra completamente anônima da criptomoeda, estão incorporando sistemas de biometria em seus produtos. No entanto, como não há determinação para tal, nada impede que empresas produzam caixas eletrônicos sem esses sistemas.

No âmbito da lavagem de dinheiro, é simples perceber que o agente de um delito pode, facilmente, depositar o produto do crime nesses caixas eletrônicos, sem se identificar[49]. Se este agente depositar em uma carteira eletrônica criada em

---

para algum endereço fornecido pelo comprador. Após a entrega, o site direcionava os *bitcoins* pagos pelo comprador à carteira do vendedor. Em 2013, o Silk Road foi fechado pelo Federal Bureau Investigation (FBI) e um indivíduo foi preso por supostamente administrar o site. Estima-se que este mercado tenha movimentado 9.5 milhões de *bitcoins*, o equivalente, à época, a 1.2 bilhões de dólares (GAFI, 2014, p. 11).

48. Segundo os dados disponibilizados pelo *Coin ATM Radar*, os caixas eletrônicos de criptomoedas vêm crescendo uma média de 100% ao ano desde 2016. Atualmente, existem mais de 4000 desses equipamentos no mundo, sendo dois deles localizados na Avenida Paulista, na cidade de São Paulo. Disponível em: [https://guiadobitcoin.com.br/numero-de-caixas-eletronicos-de-bitcoin-cresce-100-ao-ano/]. Acesso em: 17.07.2019.

49. De acordo com HYMAN (2015, p. 287): "Bitcoin and other 'virtual currencies' are becoming more popular with each passing day. Most recently, Bitcoin Automated Teller Machines ("Bitcoin ATM") have been gaining publicity as the machines become more popular with Bitcoin users. Prior to the advent of the Bitcoin ATM, Bitcoin already had an increased potential for money laundering because the area in which it operates is

um computador que continha um *software* como o *Tor*, dificilmente esses *bitcoins* poderão ser rastreados ao seu portador.

Todos os métodos até aqui demonstrados podem ser utilizados para a aquisição de *bitcoins*. Essa é a etapa mais complicada da lavagem de dinheiro através de criptomoedas, uma vez que é nesse momento que deve ser evitado o sistema antilavagem implementado no país. Como se demonstrará a seguir, uma vez vencido esse passo, o distanciamento dos *bitcoins* de sua origem é tarefa simples, a ser realizada com um computador com acesso à *internet*.

5.2. Segundo passo: embaralhar

O segundo passo para dissimular a origem infracional das criptomoedas adquiridas é a lavagem propriamente dita. Por óbvio, poderá o autor de um delito apenas comprar *bitcoins* para futuramente capitalizá-los em outro país, ou comprar bens de consumo com esses *bitcoins*. No entanto, como explicitado no item 3 do presente trabalho, todas as transações realizadas por meio de *bitcoins* ficam registradas no *blockchain* para acesso público. Se o agente quiser diminuir ainda mais as chances de ser rastreado, principalmente se for utilizar os bitcoins em transações lícitas posteriormente, ele poderá utilizar programas de computador desenvolvidos especialmente para distanciar essas moedas de sua origem infracional.

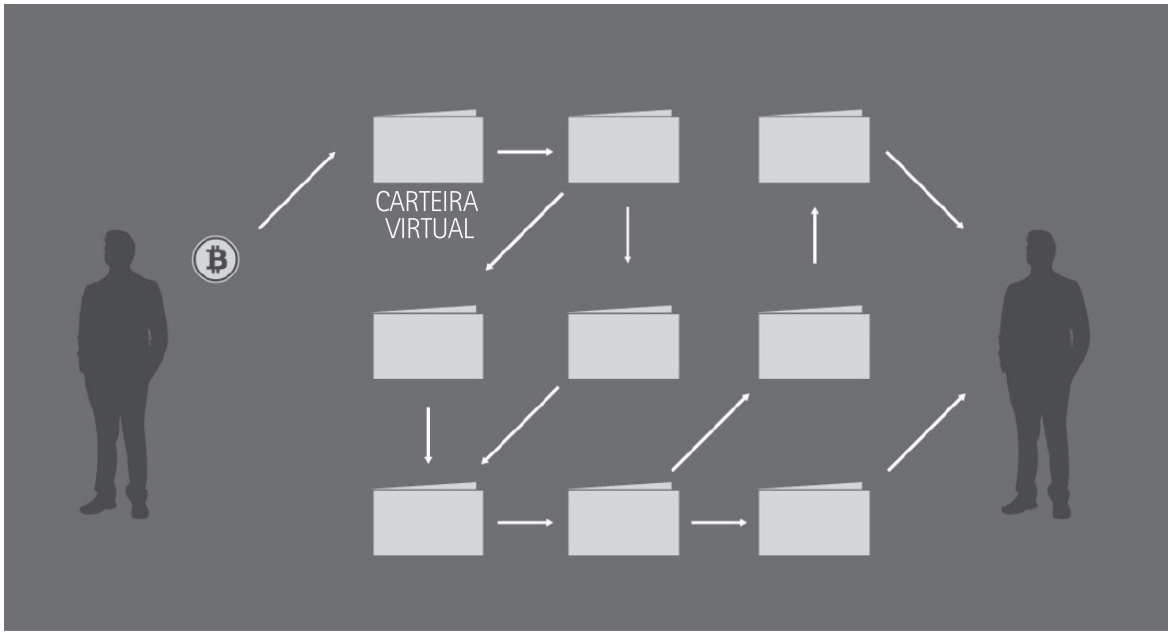
Os protocolos projetados para dissimular transações de *bitcoins* e ofuscar sua procedência são, geralmente, classificados em três gerações. A primeira delas constitui um grupo de *servers* – chamados de *tumblers*, *blenders* ou *mixers*[50] – de-

semi self-regulated. With the addition of Bitcoin ATMs, there is an even higher risk of money laundering because users can exchange cash for Bitcoins and, in some cases, vice versa via the Bitcoin ATM. For example, Drug Dealer Dan, who just completed a cash for drugs transaction, takes his 'hard earned' cash and deposits it into a Bitcoin ATM. Once the cash is deposited, the Bitcoin ATM exchanges the cash for Bitcoins at the going rate. With little to no personal information necessary for the exchange, Drug Dealer Dan is now free to purchase items using his Bitcoin Wallet or exchange the Bitcoins for cash at another Bitcoin ATM. Voila! His 'dirty' cash has been cleaned". O jornal britânico Daily Mail apontou a utilização dessa técnica por traficantes de drogas no país. Disponível em: [www.dailymail.co.uk/news/article-5142033/Drug-dealers-using-bitcoin-cashpoints-launder-money.html]. Acesso em: 20.05.2018.

50. O termo *mixer* faz referência à técnica apresentada por David Chaum (1981, p. 84) para esconder o destinatário e a mensagem de *e-mails*. O GAFI define *Mixer* como: "a type of anonymizer that obscures the chain of transactions on the blockchain by linking all transactions in the same bitcoin address and sending them together in a way that makes them look as if they were sent from another address. A mixer or tumbler

senvolvidos para camuflar transações de *bitcoins* através do emprego de um grande número de carteiras eletrônicas entre duas – ou mais – controladas por um mesmo cliente (VAN WEGBERG, et al., 2018, p. 423).

Figura 2 – Funcionamento simplificado de *mixers* de primeira geração



Fonte: elaborada pelos autores.

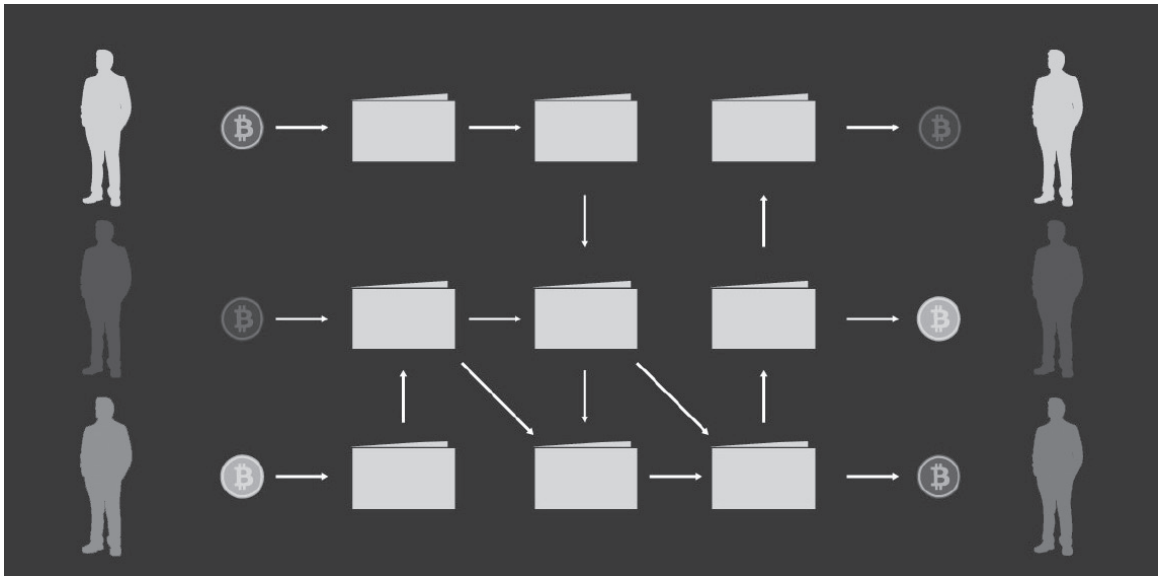
Utilizando-se desses *servers*, um indivíduo que pretenda distanciar-se de *bitcoins* maculados pode enviar suas criptomoedas e, pagando uma taxa, esse programa irá realizar diversas transações, passando esses *bitcoins* por diversas carteiras diferentes, dividindo-os em pequenas frações e reunindo-as, e, após certo tempo, devolverá moedas muito mais distantes de sua origem infracional[51] (SAT, et al, 2016, p. 246 e VAN WEGBERG, et al., 2018, p. 423).

sends transactions through a complex, semi-random series of dummy transactions that makes it extremely difficult to link specific virtual coins (addresses) with a particular transaction. Mixer services operate by receiving instructions from a user to send funds to a particular bitcoin address. The mixing service then "comingles" this transaction with other user transactions, such that it becomes unclear to whom the user intended the funds to be directed" (GAFI, 2014, p. 6).

51. Como explica VAN WEGBERG (et al., 2018, p. 423): "The typical mode of operation is that bitcoin mixing services provide customers with a newly generated bitcoin address to make a deposit. The bitcoin mixing service pays out other bitcoins from its reserve to bitcoin addresses provided by the customer, after deducting a mixing fee. To provide more anonymity, the pay-outs are spread out over time and some randomness is introduced in the division of amounts and/or the mixing fee".

Apesar de aparentemente simples, a qualidade desses serviços pode melhorar muito dependendo da quantidade de usuários que disponibilizam seus *bitcoins* para lavagem e da quantidade de bitcoins que o próprio *server* tenha como fundo para integrar na dissimulação (VAN WEGBERG, et al., 2018, p. 428). Havendo muitos indivíduos interessados no serviço, a moeda enviada por cada um deles, após passar por diversas transações, será direcionada a outro, sem nenhuma relação com seu dono anterior. Esse sistema torna ainda mais difícil o rastreio da origem do *bitcoin* (SAT, et al, 2016, p. 246).

Figura 3 – Funcionamento mais completo de *mixers* de primeira geração



Fonte: elaborada pelos autores.

Apesar de conseguirem desempenhar bem a tarefa de embaralhar e desordenar bitcoins, *servers* deste tipo não ficaram tão populares na comunidade das criptomoedas. Pode-se perceber que, para que o programa realize a tarefa de lavar *bitcoins*, os usuários devem enviar suas moedas para as contas fornecidas pelos desenvolvedores, o que requer confiança que estes não irão simplesmente receber as criptomoedas e desaparecer (HERRERA-JOANCOMARTÍ, 2014, p. 12 e RUFFING, et al., 2014. p. 348). Pela própria natureza *peer-to-peer* do *Bitcoin*, e principalmente após o ocorrido com a Mt. Gox[52], esses serviços não são uma

52. A Mt. Gox era uma corretora de bitcoins sediada em Tóquio, no Japão. Em 2013, a empresa efetuava o equivalente a 70% das transações desta criptomoeda no mundo. Em fevereiro de 2014, no entanto, a companhia decretou falência, anunciando que setecentos e quarenta mil bitcoins, à época avaliados em trezentos e cinquenta milhões de dólares, foram furtados de suas carteiras em razão de uma falha em sua segurança. (FRUNZA, 2015, p. 65).

unanimidade entre os entusiastas de criptomoedas[53] (SAT, et al, 2016, p. 246 e BISSIAS, et al., 2015, p. 150).

Sua pequena infiltração, no entanto, não significa sua inexistência. Muitos desenvolvedores procuram demonstrar a segurança de seus *servers* exibindo em fóruns seu tempo de atuação no "mercado" e as opiniões dos usuários. Ademais, novos *mixers* já utilizam, para encobrir ainda mais o rastro do dinheiro, outras criptomoedas no processo de embaralhamento, tornando o serviço mais efetivo e atrativo ao público específico.

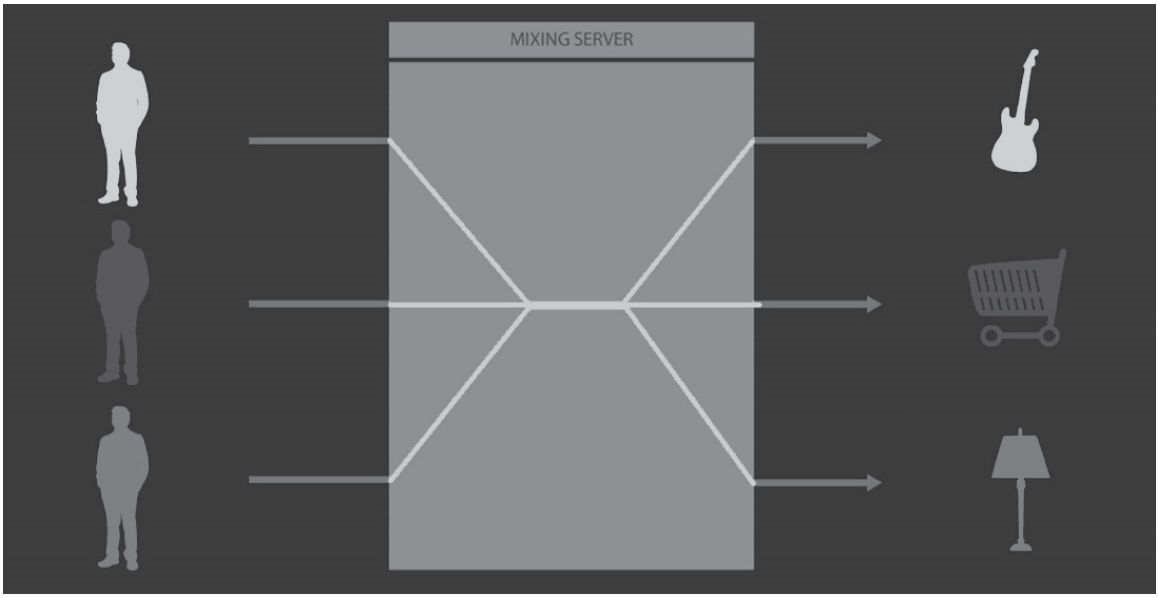
Mixers de segunda geração, com a intenção de solucionar o imbróglio da necessidade de confiança, basearam-se em pagamentos *peer-to-peer* por grupos. Pode-se citar como precursor dessa geração o protocolo CoinJoin[54], capaz de juntar em uma transação global vários usuários que, anteriormente, realizavam transações individuais (MAXWELL, 2013). Assim, ao invés de receber os *bitcoins*

53. Como explicam os pesquisadores da Universidade de Massachusetts: "the use of a trusted third party has well-known problems of its own: Not only must Alice and Bob trust that a centralized mix, Trent, will not steal their coins, but they must also trust that he will not help others – or be attacked by others – that want to link Alice and Bob`s old and new addresses" (BISSIAS, et al, 2014, p. 150).

54. Conforme explicam os pesquisadores da Universidade de Shenzhen, na China: "The CoinJoin transaction combines many inputs and outputs and put them into a single transaction so that an input in the CoinJoin transaction is difficult to be corresponded to an output" (SHENTU; YU, 2015, p. 6). Existe uma pequena discordância no que se refere à classificação deste protocolo. Enquanto os pesquisadores chineses o mencionam como um exemplo de *mixer* de primeira geração, uma vez que seu funcionamento é baseado em um sistema centralizado, SAT (et al, 2016) o classificam como de segunda geração, pois sua tecnologia é, em geral, utilizada para a criação de protocolos mais complexos que englobam, além dessas transações com múltiplos *inputs* e *outputs*, a seleção e associação de usuários diversos e desconhecidos em transações comunitárias. A esse respeito, por exemplo, pode-se conferir o trabalho de ZIEGELDORF (et al, 2018), que elaboraram o CoinParty, um método de unir múltiplas transações de usuários desconhecidos a partir do CoinJoin: "In this section, we present, CoinParty, a novel mixing service that fulfills our requirements stated in §1.1. The core idea of CoinParty is to realize the insecure centralized mixing model securely in a decentralized fashion via threshold cryptography: In the centralized model, users deliver their funds in escrow to the mixing service and are paid back at a later point with the funds of some random other user. The main difference introduced by CoinParty is a set of mixing peers that replace the centralized mixing service with a distributed mixing protocol, thereby obviating the need for a trusted third party and protecting against theft from the centralized mixing service itself. This approach allows us, for the first time, to combine the advantages of previous centralized and decentralized approaches in one system".

maculados de um usuário e depois devolvê-los lavados, os *mixers* de segunda geração garantem privacidade a partir da associação anônima, e muitas vezes aleatória, de vários usuários que pretendiam realizar transações individuais. Esses usuários associados realizam, em conjunto, uma única transação no *blockchain,* que, no entanto, corresponde a todas as individuais. Por esse motivo, o rastreamento de quantas e quais criptomoedas exatamente foram direcionadas para quais usuários é dificultada[55] (SAT, et al, 2016, p. 247).

Figura 4 – Funcionamento simplificado de um *mixer* de segunda geração



Fonte: elaborada pelos autores.

Como esses protocolos propiciam que as transações sejam registradas no *blockchain* de maneira conjunta, tornando praticamente impossível, para qualquer usuário, identificar qual indivíduo transacionou com qual, é razoavelmente

55. Explica Kristov Atlas: "A mixing service implementing a protocol such as CoinJoin or CoinSwap allows a bunch of Bitcoin users to get together and craft a single Bitcoin transaction in multiple stages, ultimately sending their bitcoins to each other's destination addresses. None of the participants, other than the mixing server, need to know the relationship between their starting and destination addresses. This can be performed multiple times with multiple parties to further complicate analysis of the Blockchain. This approach is often referred to as trust-less mixing". Disponível em: [https://letstalkbitcoin.com/the-first-three-generations-of-bitcoin-mixing-technology]. Acesso em: 20.05.2018. No mesmo sentido, explica HERRERA-JOANCOMARTÍ (2014, p. 13): "The idea is that multiple users can jointly create a transaction with multiple input addresses and multiple output addresses. To be a valid transaction, the transaction should be signed by all users participating in the mixing".

simples que um agente, a fim de distanciar a origem infracional de seus *bitcoins*, realize uma transação entre duas carteiras eletrônicas que ele mesmo controla. A título de exemplo pode-se pensar que os *bitcoins* de origem infracional, presentes em uma carteira, podem ser transferidos para outra em uma transação realizada em conjunto com outras lícitas – como compras de bens de consumo ou remessas de *bitcoins* de um indivíduo a outro – de forma a dificultar o rastreio da origem dos ativos.

Um experimento realizado pelo departamento de Sistemas e Informação da Universidade de Münster, na Alemanha, testou *mixers* de primeira e segunda gerações disponíveis na *internet* e, posteriormente, utilizou técnicas de engenharia-reversa para tentar detectar o modo de operação e rastrear o caminho dos *bitcoins*. No experimento, os pesquisadores concluíram que dos três serviços utilizados, dois obtiveram sucesso em camuflar as transações, sendo impossível rastreá-las novamente às primeiras carteiras utilizadas (MÖSER, et al, 2013, p. 10).

Inspirando-se nesse trabalho, pesquisadores da Technische Universiteit Delf, na Holanda, realizaram um experimento completo de lavagem de *bitcoins*, passando desde a fase da compra das criptomoedas até o saque dos valores lavados por empresas regulamentadas, como a Western Union ou PayPal. Os pesquisadores descobriram que, dos cinco *mixers*[56] utilizados, três se mostraram fraudulentos, recebendo os *bitcoins* e nunca enviando seus respectivos valores aos endereços fornecidos. No entanto, os dois programas que desempenharam a tarefa contratada o fizeram de forma a impossibilitar o rastreio dos *bitcoins* (VAN WEGBERG, et al., 2018).

Ao testar os serviços de *exchanges on-line*, que prometiam a conversão de *bitcoins* em moedas correntes, depositando os valores referentes aos *bitcoins* enviados a suas carteiras eletrônicas em contas de serviços como o PayPal e o Western Union, os pesquisadores descobriram que apenas uma corretora, das cinco testadas, não cumpriu a tarefa (VAN WEGBERG, et al., 2018). Vale ressaltar, no entanto, que na metodologia do trabalho os pesquisadores explicam que escolheram serviços mal avaliados em fóruns *on-line* de propósito a fim de testá-los. Assim, é perceptível que com uma busca em fóruns da *internet* pode-se evitar a contratação de serviços fraudulentos. Além disso, sempre pode-se testar os serviços com pequenas quantias antes de realizar as transferências reais.

56. Neste experimento, em especial, não é possível avaliar se os serviços utilizados são classificados como *mixers* de primeira ou segunda geração uma vez que, por escolha dos autores, não foram divulgados os nomes ou os endereços *on-line* dos *mixers* utilizados.

Por fim, existem também os *mixers* de terceira geração, que, na realidade, são criptomoedas, criadas com base na estrutura do *Bitcoin*, mas que modificam certas características para dar mais ênfase à privacidade (SAT, et al, 2016, p. 247). Como já mencionado no item 2 deste trabalho, moedas como a *Monero* e a *Zcash* podem ser o futuro da lavagem de dinheiro no ambiente virtual.

A *Monero*, por exemplo, utiliza-se de um sistema de assinatura digital conhecido como *ring signatures* (MÖSER, 2018 e NOETHER, 2015). Nesse sistema, quando um indivíduo assina uma transferência da criptomoeda para outro, a operação aparece no livro de registro conjuntamente à assinatura de outros usuários do protocolo. Não há como saber qual das carteiras presentes na transação de fato foi responsável pelo envio daquela criptomoeda (BURNISKE; TATAR, 2018, p. 87). A *Zcash*, por sua vez, apresenta um modelo de livro de registro – chamado zk-SNARKs – em que é possível realizar "transações blindadas", nas quais não há indicação sequer dos endereços das carteiras eletrônicas envolvidas (QUESNELLE, 2017).

Percebe-se, portanto, a existência de métodos de lavagem de *bitcoins* razoavelmente simples, que, ao mesmo tempo, garantem alta possibilidade de sucesso na empreitada. Após a utilização desses métodos de lavagem, o usuário terá *bitcoins* limpos.

5.3. Terceiro passo: integrar

A reinserção dos *bitcoins* no mercado formal, com aparência de licitude é o terceiro, e mais simples, passo da lavagem de dinheiro. Uma vez distanciados de sua origem, os *bitcoins* que passaram pelo processo de lavagem estarão disponíveis em carteiras eletrônicas, podendo ser utilizados na compra de bens e produtos ou vendidos de forma lícita para corretoras de *bitcoins* – mesmo para aquelas que adotam um sistema de prevenção à lavagem de dinheiro.

Acredita-se que o mercado de *bitcoins* está em ampla expansão e, em decorrência disso, quanto mais empresas passarem a aceitar essa moeda como meio de pagamento, mais simples sua reinserção no mercado formal. Interessante mencionar que, atualmente, o próprio agente da lavagem pode constituir uma empresa e efetuar pagamentos fictícios provenientes das mais diversas carteiras controladas por ele mesmo à sua empresa sob pretexto de prestação de algum serviço. Os *bitcoins* já lavados poderão ser declarados, tributados e inseridos no mercado financeiro com aparência lícita.

Outra peculiaridade reside no fato de a Receita Federal brasileira somente exigir a inclusão de informações acerca das criptomoedas na Declaração de Imposto

de Renda a partir do ano de 2017. Em decorrência disso, aquele que comprou *bitcoins* até este ano pode declará-los e informar que realizou a compra desses ativos em baixíssimas cotações, atribuindo os ganhos financeiros à volatilidade da criptomoeda.

Vale ressaltar, por fim, que a existência de caixas eletrônicos e corretoras, tanto físicas quanto *on-line*, registradas em diversos países, facilita sobremaneira que os bitcoins lavados sejam "sacados" em qualquer local do mundo. Segundo Van Wegberg, (et al., 2018, p. 429), diversas *exchanges* se encontram na *internet* dispostas a proporcionar saques anônimos de *bitcoins*. Para tal, basta que o agente envie as moedas virtuais a uma determinada carteira para que a corretora devolva o valor correspondente, descontada uma parcela a título de pagamento pelo serviço, através de depósitos em contas do PayPal ou de envios de papel moeda pelo Western Union.

Como se pode perceber, todo o processo de lavagem de dinheiro por meio de *bitcoins* pode ser realizado de forma razoavelmente simples. Apesar disso, pode-se dizer que esses métodos não são conhecidos e debatidos no ambiente acadêmico. Jogar luz nessas modernas tipologias de lavagem de dinheiro pode ser uma forma iniciar esse debate, a fim de auxiliar a elaboração de medidas de prevenção mais adequadas à realidade das criptomoedas.

A partir de agora, portanto, passa-se a uma breve reflexão acerca das modificações legislativas no sistema jurídico brasileiro para a prevenção da lavagem de capitais.

6. Possíveis modificações legislativas

Em 1989 foi criado o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), um órgão intergovernamental que tem como finalidade fortalecer a cooperação internacional e alinhar as legislações de seus países membros no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Este órgão emitiu quarenta recomendações[57] que constituem um guia para os países adotarem como exemplo em suas legislações de prevenção à criminalidade transnacional.

A Recomendação de número 15 determina que os países membros devem identificar e avaliar os riscos de lavagem de dinheiro que possam surgir ou ser incrementados nas hipóteses de desenvolvimento de novos produtos ou no uso de

57. As recomendações do GAFI podem ser consultadas em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf]. Acesso em: 22.05.2018.

novas tecnologias em produtos já existentes. Nesse sentido, a ascensão das criptomoedas é uma circunstância que passa a fazer parte da preocupação e dos esforços internacionais para diminuição dos riscos de lavagem de dinheiro[58].

No entanto, grande parte dos esforços acadêmicos e legislativos no que diz respeito à restrição de oportunidades de cometimento do delito de lavagem de dinheiro por meio de *bitcoins* se concentra na criação de deveres de *compliance*.

Compliance é um programa de organização interno de empresas que tem como objetivo prevenir o cometimento de crimes através da identificação antecipada de condutas potencialmente lesivas, da elaboração de práticas para evitar esses comportamentos e do treinamento de funcionários para adotarem condutas de acordo com essas práticas (BRODT; FARIA, 2016, p. 195).

A legislação de lavagem de dinheiro apresenta mecanismos de *compliance* como o dever de conhecimento e registro da identidade do cliente, da natureza e propósito de suas transações e o dever de diligência para as pessoas obrigadas nos termos de seus artigos 9º e 10º (BRODT; FARIA, 2016, p. 215). Como explicam Estellita e Wunderlich (2014, p. 24) esse dispositivo legal "impôs uma espécie de cooperação privada obrigatória para o controle dos processos de lavagem de dinheiro, justamente para pessoas físicas e jurídicas que atuam em setores importantes na captação e transferência de recursos financeiros".

No entanto, é importante refletir se tais instrumentos, utilizados principalmente no marco do controle estatal sobre a moeda, podem ser transpostos, de forma efetiva, para o ambiente descentralizado das criptomoedas. A mudança de paradigma principal das moedas virtuais criptografadas é exatamente a ausência de um ente central, de um órgão de controle que possa ser submetido a colaboração involuntária[59].

Assim, se um indivíduo que pretende comprar *bitcoins* pode transacionar com qualquer corretora, sediada em qualquer local do planeta, não parece ser suficiente a mera regulamentação de corretoras nacionais, a fim de limitar a compra

58. Em 2014 o órgão publicou um relatório específico acerca dos riscos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo por criptomoedas. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf]. Acesso em: 22.05.2018.

59. Como explica Marc Goodman (2015, p. 305): "Because funds are not stored in a central location, accounts cannot readily be seized or frozen by police, and tracing the transactions recorded in the blockchain is significantly more complex than serving a subpoena on a local bank operating within traditionally regulated financial networks".

de ativos de maneira anônima[60]. Aqueles que cogitam fazer uso do sistema para a lavagem de capitais provavelmente encontraram oportunidades em *exchanges* sediadas em países que não apresentam preocupações com métodos antilavagem.

Além disso, o próprio requerimento de informações sobre a identidade de partes envolvidas em uma transação de *bitcoins* – prática de importância central na atual dinâmica antilavagem de dinheiro – é uma demanda que não pode ser, ao menos em algumas hipóteses, fornecida pela *exchange*. Deve-se entender que, ao comprar as criptomoedas por meio de uma corretora de *bitcoins*, em geral, o indivíduo apenas compra o direito sobre tais ativos, que estão sob a administração da corretora em alguma carteira virtual da qual o beneficiário não tem efetivo acesso. Nesse momento, evidentemente, há como estipular a obrigação de identificação do cliente. No entanto, a partir do momento que esse cliente requer a transferência das *bitcoins* armazenadas pela corretora para outra carteira eletrônica, não é possível à corretora ter ciência de quem é o titular dessa carteira.

Como já demonstrado, a criação de carteiras eletrônicas para armazenar *bitcoins* não é tarefa exclusiva das *exchanges*. Pelo contrário, qualquer indivíduo com acesso à *internet* pode criar um par de chaves pública e privada para transacionar no protocolo (NARAYANAN, et al., 2016, p. 63). Portanto, a única forma de se reconhecer o titular da carteira a qual são dirigidas as moedas é a partir de uma declaração prestada pelo próprio cliente. Essa situação, por óbvio, em muito fragiliza a qualidade das informações prestadas pelas corretoras.

Além disso, ao comprar *bitcoins*, as corretoras podem ser obrigadas a requerer e manter o registro dos vendedores, mas, principalmente em razão difícil vinculação dos *bitcoins* com seus reais beneficiários, verificar a qualidade dessas informações pode ser uma tarefa de onerosa realização, especialmente levando-se em conta o elevado número de transações que podem ocorrer diariamente.

Deve-se ressaltar ainda que várias corretoras de criptomoedas são *startups,* constituídas por entusiastas da tecnologia e, muitas vezes, com poucos ou até nenhum funcionário além dos sócios. Compreender a estrutura organizacional dessas empresas se mostra importante para evitar que a legislação crie obrigações inatingíveis, com potencial de inviabilizar a própria operacionalidade da empresa.

Portanto, até pode-se pensar na inclusão das *exchanges* de *bitcoins* como obrigadas a reportar transações suspeitas, mas, primeiramente, deve-se realizar essa

60. Questiona Renato de Mello Jorge Silveira (2018, p. 141): "Haveria, pois, sentido em regulamentação em um único país, quando internacionalmente ainda não existem controles efetivos?"

determinação por meio do Congresso Nacional, com a inclusão, no artigo 9º da Lei de Lavagem de Dinheiro, de um inciso relativo a empresas que tenham como atividade principal ou eventual a compra e venda de criptomoedas.

No que diz respeito à regulamentação, deve o Banco Central do Brasil ou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) procurar estabelecer de maneira clara os deveres das corretoras de *bitcoins*, levando em consideração as características do empreendimento e das corretoras, a fim de evitar a criação de leis onerosas ou que tenham como finalidade apenas atrelar, objetivamente, a responsabilidade penal sobre eventuais transações que caracterizem lavagem de dinheiro aos membros dessas empresas[61]. Especialmente, devem ser estipulados critérios para o reconhecimento e posterior notificação de transações consideradas suspeitas, tarefa não realizada no âmbito da Instrução Normativa 1.888, bem como regras de conduta em caso de notificações inalcançáveis ou com indícios de informações inverídicas.

No que tange à identificação, em razão do vínculo entre essas empresas e seus clientes ser, na grande maioria das vezes, exclusivamente *on-line*, pode-se pensar em exigir que as corretoras solicitem a foto de um documento de identificação com número no Cadastro de Pessoas Físicas, a foto do titular ao lado de seu documento e comprovantes de endereço e de rendimentos. Além disso, a fim de evitar fraudes, interessante determinar que as companhias confiram os dados disponibilizados pelos clientes com cadastros como o da Receita Federal.

Além da implementação de políticas de *compliance* nas *exchanges*, a fim de evitar a compra de *bitcoins* anonimamente, julga-se prudente também a criação de regulamentação específica para a criação de caixas eletrônicos de criptomoedas. Pode-se, por exemplo, exigir que somente possam utilizá-los pessoas previamente cadastradas no site de sua administradora – que serão submetidos às regras de identificação supramencionadas. Além disso, há a possibilidade de implementação de verificadores de biometria, como alguns caixas eletrônicos já adotam, a fim de registrar os dados dos indivíduos presentes na transação.

Outra importante forma de fiscalizar a lavagem de dinheiro por meio de criptomoedas parece prescindir de qualquer modificação legislativa. Compreendendo a fundo o modelo operacional do protocolo *Bitcoin*, pode-se elaborar formas de fiscalização e reconhecimento de indícios de lavagem de dinheiro. Para tal

61. Vale lembrar que o descumprimento de alguma norma de *compliance*, por si só, não pode ser visto como circunstância suficiente para configuração de delito omissivo impróprio por descumprimento de dever legal de garante daquele que na empresa exerce a posição de *chief compliance officer*. Nesse sentido, cf. PINTO; BRENER, 2018, p. 350.

objetivo pode-se aproveitar de uma das principais características do protocolo: a transparência de seu livro de registros.

No *Bitcoin*, da mesma forma que é fácil realizar uma transação sem deixar rastros, também é fácil cometer um erro e colocar a perder anos de transações anônimas. Acessar uma carteira eletrônica por um computador não protegido por criptografia ou juntar em uma mesma carteira virtual *bitcoins* lavados e maculados, por exemplo, são condutas suficientes para estabelecer a correlação entre *bitcoins* e seus beneficiários[62].

A utilização de *softwares* que consigam, através de algoritmos, identificar o caminho do dinheiro, alertar sobre possíveis transações suspeitas e relacioná-las a seus operadores pode ser mais eficiente que os deveres de notificação. Diversos protocolos[63] estão sendo elaborados nesse sentido, cabendo às autoridades fiscalizadoras brasileiras se atentarem ao seu surgimento e procurarem entender qual a melhor forma de utilização.

7. Considerações finais

Praticamente todas as novidades no campo da tecnologia, à primeira vista, geram insegurança, desconforto ou medo naqueles que desconhecem seu funcionamento ou procuram prever sua utilização. No caso do *Bitcoin* não seria diferente.

Não há dúvidas que a tecnologia *blockchain* é capaz de proporcionar uma revolução no sistema financeiro, na forma de registrar documentos e de assegurar a veracidade das informações. Se bem aproveitada, em muito facilitará a estrutura dos Estados modernos, desburocratizando tarefas e garantindo mais confiança às certificações. Por outro lado, sua popularização pode, também, incentivar o

62. A título de exemplo, pode-se citar a situação descrita por Van Wegberg (2018, p. 429): "From a 'criminal perspective', we did make a vital mistake in our cash-out. Whereas there was no link between our 'tainted' bitcoins and 'laundered' bitcoins at the day of the experiment, we cleaned up the experiment and retrieved the invested bitcoins four days later. In this clean-up, remaining 'tainted' bitcoins and 'laundered' bitcoins were sent to our bitcoin address at a regular bitcoin exchange. This 'mistake' linked our identity directly back to the 'tainted' bitcoins, negating all our previous efforts to stay anonymous. Of course, this step was intentional – as the experiment was completed and remaining bitcoins were to be collected – it does show how easily it is to make a mistake and render the attempted launderer vulnerable".

63. Cf. MAKSUTOV, et al., 2019; WATKINS, et al., 2003; KAMINSKY, 2011 e KOSHY, et al., 2014.

surgimento de novas modalidades delitivas, bem como a modernização de antigas estratégias criminosas. Essas circunstâncias, ao invés de desincentivar o uso ou sustentar o discurso da necessária proibição desses ativos, devem ser analisadas com rigor teórico para embasar decisões legislativas acerca da melhor forma de regulamentação.

A introdução e popularização de meios de troca não emitidos por entes centrais, especialmente com a possibilidade de utilização de forma anônima, é, sem dúvidas, uma modificação que influencia tanto a ingerência estatal na política monetária, quanto as formas de controle e vigilância estatal sobre os cidadãos.

Compreender esse novo momento é crucial para encarar os desafios que as criptomoedas trarão em seu marco regulatório. A dificuldade de se rastrear e, principalmente, atrelar transações de bitcoins a seus reais operadores, apesar de muito debatida no âmbito acadêmico internacional, parece ainda não ter sido objeto de detida pesquisa no Brasil.

O presente trabalho procurou delimitar o problema a ser enfrentado e indicar um possível caminho para os debates que conciliasse a necessidade de fiscalização estatal com as particularidades desse novo ativo. Espera-se, assim, que as reflexões apresentadas possam evidenciar, também no cenário nacional, as discussões acerca do marco regulatório das criptomoedas e propiciar, especialmente na seara penal, uma contribuição para a elaboração de uma regulamentação exequível e eficiente.

Referências

ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de; CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding bitcoins: facts and questions. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 69, n. 1, p. 3-16, Mar. 2015. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402015000100003&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 15.05.2018.

ANTONOPOULOS, Andreas M. *Mastering bitcoin*: unlocking digital cryptocurrencies. "O'Reilly Media, Inc.", 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro*: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. FAQ – Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB). Brasília, Março de 2014. Disponível em: [www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%207-sistema%20de%20pagamentos%20brasileiro.pdf]. Acesso em: 12.05.2018.

BARRATT, Monica J. SILK ROAD: EBAY FOR DRUGS: The journal publishes both invited and unsolicited letters. *Addiction*, v. 107, n. 3, p. 683-683, 2012.

BASTIAAN, Martijn. *Preventing the 51%-attack*: a stochastic analysis of two phase proof of work in bitcoin, 2015. Disponível em: [http://referaat. cs. utwente. nl/conference/22/paper/7473/preventingthe-51-attack-astochastic-analysis-of--two-phase-proof-of-work-in-bitcoin. Pdf]. Acesso em: 19.05.2018.

BELLO, Douglas Sena; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Breves notas sobre compliance e prevenção à lavagem de dinheiro em bitcoins exchanges. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 159-159, 2017.

BISSIAS, George et al. Sybil-resistant mixing for bitcoin. In: *Proceedings of the 13th Workshop on Privacy in the Electronic Society*. ACM, 2014. p. 149-158.

BRADBURY, Danny. The problem with Bitcoin. *Computer Fraud & Security*, v. 2013, n. 11, p. 5-8. 2013.

BURNISKE, Chris; TATAR, Jack. *Cryptoassets*: the Innovative Investor's Guide to Bitcoin and Beyond. McGraw-Hill, 2018.

CHAUM, David L. Untraceable electronic mail, return addresses, and digital pseudonyms. *Communications of the ACM*, v. 24, n. 2, p. 84-90. 1981.

CHRISTIN, Nicolas. Traveling the Silk Road: A measurement analysis of a large anonymous online marketplace. In: *Proceedings of the 22nd international conference on World Wide Web*. ACM, 2013. p. 213-224.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro*: prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 231, 2006.

DINGLEDINE, Roger; MATHEWSON, Nick; SYVERSON, Paul. *Tor*: The second--generation onion router. Naval Research Lab Washington DC, 2004.

ESTELLITA, H.; WUNDERLICH, A. Sigilo. *Deveres de informação e advocacia na lei de lavagem de dinheiro*. Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014. v. 1. p. 17-30.

EUROPEAN CENTRAL BANK. *Virtual Currency Schemes*, Outubro de 2012. Disponível em: [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf]. Acesso em: 13.05.2018.

EUROPOL. The internet organised crime threat assessment. 2015. Disponível em: [www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/europol_iocta_web_2015.pdf]. Acesso em: 19.05.2018.

EYAL, Ittay; SIRER, Emin Gün. Majority is not enough: Bitcoin mining is vulnerable. *Communications of the ACM*, v. 61, n. 7, p. 95-102, 2018.

FARIA, Aléxia Alvim M.; Brodt, Luis Augusto Sanzo. Criminal compliance em lavagem de dinheiro: uma introdução conceitual e regulamentar. In: Flávia Siqueira; Luís Augusto Sanzo Brodt. (Org.). *Limites ao poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. v. 1. p. 191-240.

FEATHERSTONE, Mike; BURROWS, Roger (Ed.). *Cyberspace/cyberbodies/cyberpunk*: Cultures of technological embodiment. Sage, 1996.

FRUNZA, Marius-Cristian. *Solving modern crime in financial markets*: analytics and case studies. Academic Press, 2015.

GAFI, Grupo de Ação Financeira da América Latina. *Informe de Tipologías Regionales*. 2016. Disponível em: [www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/tipologias-17/354-tipologias-regionales-2016/file]. Acesso em: 20.05.2018.

GAFI, Grupo de Ação Financeira. *Virtual currencies*: key definitions and potential AML/CFT risks. 2014. Disponível em: [www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Virtual-currency-key-definitions-and-potential-aml-cft-risks.pdf]. Acesso em: 20.05.2018.

GALLAGHER, P; KERRY, C. Federal Information Processing Standards (FIPS) publication 186-4: *Digital Signature Standard (DSS),* 2013. Disponível em: [https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/FIPS/NIST.FIPS.186-4.pdf]. Acesso em: 24.05.2018.

GOODMAN, Marc. *Future crimes*: everything is connected, everyone is vulnerable and what we can do about it. Anchor, 2015.

HERRERA-JOANCOMARTÍ, Jordi. Research and challenges on bitcoin anonymity. In: *Data privacy management, autonomous spontaneous security, and security assurance*. Cham: Springer, 2014. p. 3-16.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Sobre a punibilidade da "autolavagem" (selflaudering): um problema de concurso aparente de normas. In: *Direito penal, processo penal e constituição III* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA. DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros; LEAL, Rogério Gesta (Coords.). Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 133-152.

HUGHES, Eric. *A cypherpunk's manifesto*. Disponível em: [www. activism. net/cypherpunk/manifesto. Html, 1993]. Acesso em: 03.08.2004.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal, vol. IX*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HYMAN, Mitchell. Bitcoin ATM: A Criminal's Laundromat for Cleaning Money. *Thomas L. Rev.*, v. 27, p. 296, 2015.

KAMINSKY, Dan. Black Ops of TCP/IP. *Presentation*. Black Hat USA, 2011. Disponível em: [http://dankaminsky.com/2011/08/05/bo2k11/]. Acesso em: 24.05.2018.

KOSHY, Philip; KOSHY, Diana; MCDANIEL, Patrick. An analysis of anonymity in bitcoin using p2p network traffic. In: *International Conference on Financial Cryptography and Data Security,* Springer, Berlin, Heidelberg, p. 469-485, 2014.

MAKSUTOV, Artem A. et al. Detection of Blockchain Transactions Used in Blockchain Mixer of Coin Join Type. In: *2019 IEEE Conference of Russian Young Researchers in Electrical and Electronic Engineering (EIConRus),* IEEE, p. 274-277, 2019.

MAXWELL, Gregory. CoinJoin: Bitcoin privacy for the real world. In: *Post on Bitcoin forum*. 2013. Disponível em: [https://bitcointalk.org/index.php?-topic=279249.0]. Acesso em: 13.05.2018.

MCCOY, Damon et al. Shining light in dark places: Understanding the Tor network. In: *International symposium on privacy enhancing technologies symposium*, Springer, Berlin, Heidelberg, p. 63-76, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MORAIS, Carlos Yury Araújo; NETO, João Batista Brandão. *Tributação das operações com criptomoedas*. Teresina: Arquivo Jurídico, 2014.

MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. In: *2013 APWG eCrime Researchers Summit*. Ieee, p. 1-14, 2013.

MÖSER, Malte et al. An empirical analysis of traceability in the monero blockchain. *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, v. 2018, n. 3, p. 143-163, 2018.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*. 8. ed. Editorial Reppertor, 2006.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin*: a peer-to-peer electronic cash system. 2008. Disponível em: [https://bitcoin.org/bitcoin.pdf]. Acesso em: 11.05.2018.

NARAYANAN, Arvind et al. *Bitcoin and cryptocurrency technologies*: a comprehensive introduction. Princeton University Press, 2016.

NOETHER, Shen. Ring signature confidential transactions for monero. *IACR Cryptology ePrint Archive*, v. 2015, p. 1098, 2015.

PFITZMANN, Andreas; KÖHNTOPP, Marit. Anonymity, unobservability, and pseudonymity – a proposal for terminology. In: *Designing privacy enhancing technologies,* Springer, Berlin, Heidelberg, p. 1-9, 2001.

PINTO, Felipe Martins; BRENER, Paula Rocha Gouvêa. Responsabilidade corporativa e *compliance*: novas estratégias de prevenção à criminalidade econômica. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 339-353.

POPPER, Nathaniel. *Digital gold*: bitcoin and the inside story of the misfits and millionaires trying to reinvent money. New York: Harper, 2015.

QUESNELLE, Jeffrey. *On the linkability of Zcash transactions*. arXiv preprint arXiv:1712.01210, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general – tomo II. Pamplona: Thomson Reuters Civitas, 2014.

RUFFING, Tim; MORENO-SANCHEZ, Pedro; KATE, Aniket. Coinshuffle: Practical decentralized coin mixing for bitcoin. In: *European Symposium on Research in Computer Security*. Cham: Springer, 2014. p. 345-364.

SAT, Diana Mergenovna et al. Investigation of money laundering methods through cryptocurrency. *Journal of Theoretical and Applied Information Technology*, v. 83, n. 2, p. 244, 2016.

SHENTU, QingChun; YU, JianPing. *Research on Anonymization and De-anonymization in the Bitcoin System*. arXiv preprint arXiv:1510.07782, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Bitcoin e suas fronteiras penais*: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: Editora D`Plácido, 2018. p. 205.

STELLA, Julio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 11 n. 2, p. 259, 2017.

THE LAW LIBRABRY OF THE CONGRESS. *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*. Washington, 15 de Janeiro de 2014. Disponível em: [www.loc.gov/law/help/bitcoin-survey/regulation-of-bitcoin.pdf]. Acesso em: 15.05.2018.

TSCHORSCH, Florian; SCHEUERMANN, Björn. Bitcoin and beyond: A technical survey on decentralized digital currencies. *IEEE Communications Surveys & Tutorials,* v. 18, n. 3, p. 2084-2123, 2016.

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUTTLE, Hilary. Ransomware attacks pose growing threat. *Risk Management*, v. 63, n. 4, p. 4, 2016.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin*: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Editora, 2017.

UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime. *Basic Manual on the Detection and Investigation of the Laundering of Crime Proceeds Using Virtual Currencies*, 2014. Disponível em: [www.imolin.org/pdf/imolin/FULL10-UNODCVirtualCurrencies_final.pdf]. Acesso em: 19.05.2018.

VAN WEGBERG, Rolf; OERLEMANS, Jan-Jaap; VAN DEVENTER, Oskar. Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin. *Journal of Financial Crime*, v. 25, n. 2, p. 419-435, 2018.

WATKINS, R. CORY et al. Tracking dirty proceeds: exploring data mining technologies as tools to investigate money laundering. *Police Practice and Research*, v. 4, n. 2, p. 163-178, 2003.

XU, Jennifer J. Are blockchains immune to all malicious attacks? *Financial Innovation*, v. 2, n. 1, p. 25, 2016.

YOUNG, Adam L.; YUNG, Moti. Cryptovirology: The birth, neglect, and explosion of ransomware. *Communications of the ACM*, v. 60, n. 7, p. 24-26, 2017.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ZIEGELDORF, Jan Henrik et al. Secure and anonymous decentralized Bitcoin mixing. *Future Generation Computer Systems*, v. 80, p. 448-466, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A natureza jurídica do *bitcoin* no sistema legal brasileiro, de Edilton Meireles – *RT* 1004/147-167 (DTR\2019\40594);
- *Bitcoin* e demais *cryptocoins*, de Emylha Maryá Vieira Domingos Luz – *RDB* 85/69-87 (DTR\2019\39064);
- *Bitcoin*: internet do dinheiro e o direito, de Ana Beatriz dos Santos Borges – *RDB* 81/119-139 (DTR\2018\19493);
- Lavagem de dinheiro, *bitcoin* e regulação, de Thiago Bottino e Christiana Mariani da Silva Telles – *RBCCrim* 148/131-176 (DTR\2018\19794); e
- O desafio legislativo do *bitcoin*, de Bruno Marques Bensal Roma e Rodrigo Freitas da Silva – *ReDE* 20/109-128 (DTR\2016\24309).

A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas

The Criminal protection of environment: criminological and dogmatic discussions

Marília de Nardin Budó

Doutora em direito pela Universidade Federal do Paraná, com doutorado sanduíche na Università di Bologna. Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Pensamento Político Brasileiro pela Universidade Federal de Santa Maria. Graduada em Direito e em Jornalismo pela UFSM. Professora adjunta de Direito e Processo penal da UFSC. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6586203658704833]. Orcid.org/0000-0002-5732-0553
mariliadb@yahoo.com.br

Chiavelli Facenda Falavigno

Doutora em direito penal pela Universidade de São Paulo, com doutorado sanduíche na Hamburg Universität. Pesquisadora visitante do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro e da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora adjunta de Direito e Processo penal da UFSC. Orcid.org/0000-0002-7717-213X.
chiavelli.falavigno@gmail.com

Recebido em: 17.07.2019
Aprovado em: 30.09.2019
Última versão dos autores: 03.10.2019

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: O direito penal clássico tem enfrentado numerosos desafios, referentes, por um lado, à crescente elaboração normativa penal em matérias circunscritas ao que irá ser nomeado "direito penal do risco", e, por outro lado, ao questionamento das funções reais desempenhadas pelo discurso jurídico-penal e pelo sistema penal, por parte da criminologia crítica. Através de pesquisa teórica, cujo marco será o da criminologia e da dogmática penal críticas, este artigo busca responder à questão: é o direito penal um

Abstract: The classical criminal law has faced numerous challenges, concerning, on the one hand, the growing elaboration of criminal law regarding to what will be called "criminal risk law", and, on the other hand, the questioning of the real functions performed by legal criminal discourse criminal and the penal system by critical criminology. Through theoretical research, whose framework will be critical criminology and criminal dogmatics, this article seeks to answer the question: is criminal law an appropriate instrument

instrumento adequado para tutelar o bem jurídico supraindividual sustentabilidade? O método utilizado é o dialético, partindo de uma análise crítica do contexto econômico em que a defesa da sustentabilidade como bem jurídico se apresenta ao campo penal. Inicialmente, as contradições internas do campo da dogmática penal diante da noção de risco são destacadas. Em seguida, as contradições desde um ponto de vista externo são apresentadas, opondo-se o discurso declarado da função de tutela do meio ambiente pelo direito penal aos conceitos identificados na literatura criminológica crítica sobre a operacionalidade do sistema penal. A conclusão aponta para o reconhecimento de que, se a sustentabilidade é um princípio que se baseia na igualdade e na democracia, e o direito penal cumpre com funções reais opostas às declaradas, agindo como reprodutor social das desigualdades, ele não somente é inadequado para tutelar bens jurídicos, como é ele próprio insustentável.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Sustentabilidade – Direito penal do risco – Política criminal – Dano social.

to protect the supra-individual legal sustainability? The method used is the dialectic, starting from a critical analysis of the economic context in which the defense of sustainability as a legal asset is presented to the penal field. Initially, the internal contradictions in the field of criminal dogmatics regarding the notion of risk are highlighted. Subsequently, contradictions from an external point of view are presented, opposing the declared discourse of the environmental protection function by criminal law to the concepts identified in the critical criminological literature on the operability of the penal system. The conclusion points to the recognition that if sustainability is a principle based on equality and democracy, and criminal law fulfills real functions opposed to those declared, acting as a social reproducer of inequalities, it is not only inadequate to protect legal assets, as it is itself unsustainable.

Keywords: Critical criminology – Sustainability – Criminal Law in risk society – Criminal policy – Social harm.

Sumário: Introdução. 1. Sustentabilidade, sistema penal e capitalismo: a expansão do direito penal. 1.1. Para uma crítica do conceito de sustentabilidade. 1.2. A tutela penal da sustentabilidade e a falácia do projeto expansionista. 2. A reprodução social das desigualdades por meio do sistema penal: funções declaradas e funções reais. 2.1. Funções simbólicas e instrumentais do direito penal. 2.2. A insustentabilidade da reprodução das desigualdades sociais. Considerações finais. Referências.

Introdução

A dogmática penal tradicional vem enfrentando numerosos desafios, referentes, por um lado, ao questionamento da finalidade da pena por parte das criminologias, especialmente a criminologia crítica; e, por outro lado, à crescente elaboração normativa penal em matérias circunscritas ao que costuma se intitular "direito penal do risco".

Diante da realidade político-criminal dialética de criminalização e descriminalização que decorre dessas linhas de desenvolvimento teórico e empírico, temas como a efetividade preventiva do direito penal, a (im)possibilidade de

responsabilização penal da pessoa jurídica, e, sobretudo, a (des)legitimação teórica e fática do próprio sistema penal surgem como possíveis desafios a serem enfrentados por quem pesquisa o direito, necessariamente através de uma abordagem transdisciplinar.

Uma disciplina científica pode ser caracterizada através de alguns critérios, como o domínio material sobre o objeto de estudo; o domínio de estudo sobre o objeto material; os métodos adotados; os instrumentos de análise; as aplicações; as contingências históricas.[1] A modernidade se caracterizou por permitir a construção de objetos, conceitos, métodos e teorias que dessem forma a uma fronteira entre cada disciplina, garantindo uma (hiper)especialização.[2] Essa tradição permanece inexorável, mesmo com as veementes críticas estabelecidas a essa compartimentalização, a partir da década de 1970. Cada vez mais se evidencia a situação estudada por Morin:

> "a inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários."[3]

A emergência da chamada "sociedade do risco" tem produzido efeitos nas mais diversas áreas do direito. No campo do direito penal, o perigo iminente de lesão a bens jurídicos fundamentais, especialmente aqueles supraindividuais que garantem a vida no planeta, como o meio ambiente equilibrado, faz com que o Legislativo, em conjunto com a sociedade, eleja essa área como uma das prioritárias na prevenção de danos futuros irreversíveis. Por outro lado, o direito penal permanece sendo a resposta prioritária a condutas que lesionam ou expõem a perigo bens jurídicos individuais, inclusive com o aumento de tipificações e de penas nos últimos anos. A consequência disso é uma (re)legitimação do direito penal, a despeito das profundas críticas a ele dirigidas em pesquisas realizadas nos campos da sociologia e da criminologia, a partir da década de 1960. Ao contrário de uma sua contração, o que parecia ser a resposta adequada aos resultados das pesquisas que fundamentaram aquelas críticas, a realidade atual, naquelas mesmas regiões e, é de uma hiperexpansão do direito penal e também do sistema

1. JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
2. MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.
3. MORIN, Edgar. p. 37.

carcerário. A constatação da imunidade de agentes detentores de poder econômico e político, como o próprio Estado e grandes corporações nacionais ou transnacionais, que costumam ser os maiores violadores de direitos fundamentais na América Latina, tampouco parece representar um freio à expansão legislativa penal sobre o meio ambiente. Através de pesquisa teórica, cujo marco será o da criminologia e da dogmática penal críticas, este artigo busca responder à questão: é o direito penal um instrumento adequado para tutelar o bem jurídico supraindividual sustentabilidade? O método utilizado é o dialético, partindo de uma análise crítica do contexto econômico em que a defesa da sustentabilidade como bem jurídico se apresenta ao campo penal. Inicialmente, as contradições internas do campo da dogmática penal diante da noção de risco são destacadas. Em seguida, as contradições desde um ponto de vista externo são apresentadas, opondo-se o discurso declarado da função de tutela do meio ambiente pelo direito penal aos conceitos identificados na literatura criminológica crítica sobre a operacionalidade do sistema penal. Essa estrutura se adéqua ao objetivo de problematizar a efetividade da tutela penal da sustentabilidade a partir da concepção de multidimensionalidade dos objetos de pesquisa das ciências humanas e sociais.[4]

Para esse estudo, além da investigação sobre aspectos relevantes das decisões político-criminais que levam à tipificação dessas condutas, é necessário a incursão na política legislativa penal, muitas vezes feita em desacordo com conceitos dogmáticos próprios da ciência penal ou, ainda, em desrespeito aos ditames democráticos que deveriam guiar a tomada de decisão por quem legisla, sobremaneira na esfera penal.

1. Sustentabilidade, sistema penal e capitalismo: a expansão do direito penal

A relação dialética antropocentrismo *versus* ecocentrismo vem ocupando parte importante do debate sobre o desenvolvimento econômico e industrial em todo o ocidente, desde a segunda guerra mundial. Especialmente a partir da década de 1960, grupos organizados da sociedade civil passaram a exercer diferentes formas de pressão nos governos de seus países e, também, na esfera internacional, para a produção de políticas públicas de preservação do meio ambiente, diante da realidade da extinção de numerosas espécies, e do risco de extinção de outras, caso o tipo de desenvolvimento econômico predatório tivesse continuidade. Várias posições se colocam de defesa e de crítica ao conceito de desenvolvimento

4. MORIN, Edgar.

sustentável diante da emergência do que se convencionou chamar "sociedade de risco". Diante das relações entre sustentabilidade, capitalismo e direito penal, este capítulo pretende, primeiramente, situar o conceito crítico de sustentabilidade (1.1), para, em seguida, apresentar as tendências político-criminais expansionistas baseadas na possibilidade de tutela penal de bens jurídicos difusos, dentre eles, a sustentabilidade (1.2).

1.1. Para uma crítica do conceito de sustentabilidade

Em 1972, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano trouxe como resultado um dos documentos mais fundamentais na conciliação entre práticas de preservação ambiental e desenvolvimento, em um conjunto de 26 princípios, que, posteriormente, foram incorporados às legislações internas de vários países.[5] Essa Conferência foi um marco na história do direito ambiental internacional, permitindo que um novo padrão de pensamento pudesse emergir.

O conceito de "desenvolvimento sustentável" apareceu de maneira clara no texto *Nosso Futuro Comum*, também conhecido como *Relatório Brundland*, o qual representa um dos primeiros esforços globais para compor uma agenda para a mudança de paradigma no modelo de desenvolvimento humano. O relatório foi elaborado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, reunindo informações colhidas com especialistas de quase todo o planeta ao longo de três anos de análises e pesquisas.

Segundo o referido relatório, o ser humano responsável ambientalmente atende às necessidades do presente sem comprometer as gerações futuras e a satisfação de suas próprias necessidades e aspirações.[6] A promoção da consciência ecológica seria fundamental nessa perspectiva, de modo que as mais diferentes esferas da vida social e econômica pudessem contribuir na manutenção da vida futura no planeta. A justiça social caminharia junto com o conceito de sustentabilidade, de modo a se erradicarem as desigualdades sociais entre países ou dentro deles.

5. OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Internacional*: o papel da *soft law* em sua efetivação. Ijuí: Unijuí, 2007. Essa internalização é uma das maneiras de efetivação da chamada *soft law* no direito internacional público.

6. UNITED NATIONS. *Our common future*. Disponível em: [www.un-documents.net/ocf-02.htm#III.6]. Acesso em: 23.02.2013. Original em inglês: "In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development; and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations".

Tal conceito, porém, vem sendo submetido a numerosas críticas, a maior parte delas em razão da tensão entre os termos "desenvolvimento" e "sustentável", para alguns totalmente inconciliáveis no sistema capitalista. Para Leonardo Boff, o conceito possui duas principais limitações: "[...] é antropocêntrico (só considera o ser humano) e nada diz sobre a comunidade de vida (outros seres vivos que também precisam da biosfera e de sustentabilidade)".[7] Para evitar que a sustentabilidade se resuma a pura retórica sem consequências, o autor constrói um novo conceito, que deve ser utilizado como parâmetro para todas as ações, formulado da seguinte maneira:

> "Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda a atender as necessidades da geração presente e das futuras de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução, e coevolução."[8]

Além de incorporar todos os seres e a terra na definição, Boff aponta a necessidade de que a expressão seja utilizada como substantivo e não como um mero adjetivo, pois dessa maneira ela é agregada ao conceito de desenvolvimento sem mudar a sua natureza. Como substantivo, por outro lado, a sustentabilidade exige uma mudança na própria visão da realidade, compreendendo que a Terra está viva e que "[...] não estamos fora e acima dela como quem domina, mas dentro como quem cuida, aproveitando de seus bens, mas respeitando seus limites. Há interação entre ser humano e natureza".[9]

Outras críticas à sustentabilidade decorrem da prática, já há mais de vinte anos desde a publicação do relatório Nosso Futuro Comum. A realidade vem mostrando o quanto esse é um conceito em construção e que, mesmo depois de muitos anos e conferências desde a sua primeira menção, é frequente que os interesses econômicos prevaleçam. Como nota Tybusch, as práticas discursivas, no

7. BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: tentativa de definição. *Blog Leonardo Boff*, 15 jan. 2012. Disponível em: [http://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao/]. Acesso em: 25.03.2014.
8. BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade*: tentativa de definição. *Blog Leonardo Boff*, 15 jan. 2012. Disponível em: [http://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao/]. Acesso em: 25.03.2014.
9. BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: adjetivo ou substantivo? *Carta capital*, 13 jun. 2011. Disponível em: [www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Sustentabilidade-adjetivo-ou-substantivo-/19225]. Acesso em: 20.12.2013.

que tange à questão ambiental, partem de políticas públicas desenvolvimentistas, resultando em ações que operam a partir de uma lógica de custo e benefício ou de um código valor/não valor para, em um segundo momento, tentar adequá-las na perspectiva da sustentabilidade[10].

Isso decorre da apropriação do conceito de sustentabilidade pelo campo econômico, sobretudo na realidade da globalização e de um novo jogo de forças ligado ao próprio conceito de desenvolvimento e subdesenvolvimento. De fato, da forma como utilizado na realidade, tal conceito vem privilegiando o aspecto "desenvolvimento", deixando o "sustentável" à margem do processo. Também Leff analisa criticamente o conceito, entendendo que ele vem servindo para negar que o crescimento tenha limites, reforçando o discurso e as práticas neoliberais, a começar pela mitigação do papel do Estado no controle da economia.[11] O desenvolvimento sustentável surge então, como forma de legitimar a expansão irrefreada do capital, desconsiderando os custos sociais e ambientais.

Outro aspecto crítico a ser considerado desde uma compreensão historicizada das relações globais de poder, é a maneira como o seu exercício tem sido marcado pela colonialidade.[12] Isso implica em que países do sul global tenham tido a seu cargo, ao longo do processo de reconhecimento da necessidade de preservação ambiental, o aprofundamento de seu papel provedor de *commodities*, aquele mais profundamente impactante ao meio ambiente e também às trabalhadoras e trabalhadores. Monoculturas voltadas à exportação, mineração, pecuária extensiva: as atividades produtivas que caracterizam hoje o Brasil na divisão internacional do trabalho reproduz a sua posição histórica colonial, permitindo que, por seu turno, países do norte global possam preservar seus próprios recursos naturais[13]. O fato de as relações de exploração e mesmo de escravidão que ainda ocorrem no campo e na cidade no Brasil dividirem espaço nas fazendas e empresas

10. TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Ecologia política, sustentabilidade e direito. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). *Direitos emergentes na sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2013.

11. LEFF, Enrique. *Ecologia, Capital e Cultura*: A territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009. p. 236.

12. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf]. Acesso em: 20.09.2017.

13. BUDÓ, Marília de Nardin. Corporações transnacionais, oligarquias rurais e estado: a invisibilização das Violências no Campo. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello;

com a tecnologia de ponta, vem para mostrar o caráter colonial ainda presente nessas relações, sempre destacando a racialização dessa condição. Através dessa lógica torna-se possível que, aproveitando-se da situação de desigualdades e violência estrutural, as empresas transnacionais possam exportar riscos ambientais e humanos, garantindo sua desresponsabilização em caso de ocorrência de danos.[14]

A conclusão lógica dessa reflexão é a de que o capitalismo é um sistema econômico por si próprio insustentável, já que tem na sua base a acumulação ilimitada e a manutenção das desigualdades como mecanismo de sua reprodução.[15] Para além disso, opera, de forma global, através de uma lógica colonialista, que tem na sua base o racismo, caracterizado pela noção de inferioridade de alguns povos em relação a outros.[16] Assim,

> "os pressupostos dominantes do desenvolvimento sustentável ignoram o fato de a organização capitalista ser inerentemente estabelecida em princípios de desigualdade tipicamente expressos na apropriação dos meios de produção, divisão do trabalho, especialização e hierarquização."[17]

Trata-se de uma ocultação ideológica das determinações históricas do processo destrutivo ligado ao capitalismo,[18] de modo que o apelo à preservação da natureza, ao enfrentamento da desigualdade social e ao comprometimento individual e coletivo da sociedade com a natureza não passam de discurso impraticável nesse sistema. Para Lövy,

---

ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. (Org.). *Construindo as criminologias críticas*: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1. p. 323-378.

14. BÖHM, Maria Laura. Transnational corporations, human rights violations and structural violence in latin america: a criminological approach. *Kriminologisches Journal*, 48. Jg. 2016, H. 4.
15. VIZEU, Fabio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT Rene Eugenio. Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável. *Cad. EBAPE.BR*, v. 10, n. 3, artigo 6, Rio de Janeiro, set. 2012. p. 577.
16. QUIJANO, Anibal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e américa latina*.
17. VIZEU, Fabio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT, Rene Eugenio. *Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável*, p. 579.
18. FREITAS, Rosana de Carvalho Martinelli; NÉLSIS, Camila Magalhães; NUNES, Letícia Soares. A crítica marxista ao desenvolvimento (in)sustentável. *R. Katál.*, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 41-51, jan.-jun. 2012.

> "não se trata de opor os 'maus' capitalistas ecocidas aos 'bons' capitalistas verdes: é o próprio sistema, fundado na impiedosa competição, com exigências de rentabilidade e busca pelo lucro rápido, que é destruidor dos equilíbrios naturais."[19]

Nesse contexto, é fundamental expor o destaque realizado no próprio Relatório *Brundland* a respeito das desigualdades:

> "[...] um mundo no qual a pobreza e a desigualdade são endêmicos sempre se inclinará a crises ecológicas e de outros tipos. O desenvolvimento sustentável requer encontrar as necessidades básicas de todos, e estender a todos a oportunidade de satisfazer as suas aspirações para uma vida melhor."[20]

A principal crítica a esse destaque é a de que não se percebe alternativa ao desenvolvimentismo e ao capitalismo, de modo que as causas reais das desigualdades, como características do próprio modo de produção, não são questionadas. Como notam López e Méndez, ao se desambiguar o conceito de desenvolvimento sustentável percebe-se que os elementos contidos nessa noção não são apenas dois – ciência econômica-crescimento, por um lado, e ética ecológica-proteção, por outro –, mas há um terceiro elemento que não se reduz a essa bipolarização: a questão ético política ou social da justa e equilibrada satisfação das necessidades humanas.[21] O problema é que o argumento de que a pobreza é uma das principais causas da insustentabilidade tem levado à conclusão de que o desenvolvimento seja a única via para a sustentabilidade. A contradição, para os autores, está em que a pobreza não é a causa, mas sim o

> "[...] efeito de determinadas relações socioeconômicas (locais e mundiais). Quando se fala de eliminar a pobreza de certas regiões do mundo sem questionar a estrutura de poder que a sustenta se falseia a questão da insustentabilidade."[22]

---

19. LÖWY, Michael. Crise ecológica, capitalismo, altermundialismo: um ponto de vista ecossocialista. *INTERFACEHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente,* v. 4, n. 3, artigo 1º, set.-dez. 2009. p. 136.
20. UNITED NATIONS. *Our common future*.
21. LÓPEZ, José A.; MÉNDEZ, José A. Una crítica del concepto de desarrollo sostenible. *Iztapalapa*, v. 40, jul/Dic. 1996. p. 126.
22. LÓPEZ, José A.; MÉNDEZ, José A. Una crítica del concepto de desarrollo sostenible. p. 134. Original em espanhol: "[…] la pobreza es, antes que causa, efecto de unas determinadas relaciones socioeconómicas (locales y mundiales). Cuando se habla de

Por isso, esse paradigma não pode prescindir da crítica do próprio sistema capitalista que, antes que proteger a natureza e os seres humanos, tem na sua base a destruição de uns e de outros em nome do capital. Isso poderá ser visto claramente na análise a respeito do sistema penal capitalista, no tópico a seguir. Na percepção de Leis, a posição liberal, revestida de nova roupagem para velhas ideias, com o surgimento do neoliberalismo, faz com que as elites políticas pensem que o mercado mundial e o livre comércio são instrumentos adequados para resolver os problemas ambientais.[23] O autor critica essa ótica ao demonstrar que, muito pelo contrário, o mercado estimula os poluidores, na medida em que aqueles que internalizam os custos ambientais ficam em desvantagem no mercado mundial. Além disso, esse mesmo mercado possibilita a circulação das empresas poluidoras, quando saturado o ambiente do local onde se instalaram. Em razão disso, o autor afirma que

> "A construção de um futuro sustentável, que reverta o atual processo de degradação sócio-ambiental a nível global, não depende do livre movimento do mercado, mas, a rigor, das ações dos contramovimentos da sociedade civil planetária, dirigidas a reestruturar a economia e a política global e transformar drasticamente os estilos de vida consumistas e reprodutivistas."[24]

A relação entre o capitalismo, baseado na exploração econômica, e a sustentabilidade, encontra aí uma tensão irremediável. Giovaninni reconhece que "o ambiente necessita da democracia e das instituições", já que deixar ao mercado a (des)regulação em relação às tecnologias pode levar a prejuízos irreparáveis.[25] Porém, o desafio que se coloca ao sistema democrático diante de tantos impasses relacionados à temática ambiental é a sua real possibilidade de transformação, para que possa proporcionar uma maior participação da sociedade. Nesse sentido, questiona-se a redução das iniciativas ambientais à punição daqueles que provocam danos ao meio ambiente, sob dois principais aspectos: primeiro,

---

eliminar la pobreza de ciertas regiones del mundo sin cuestionar la estructura de poder que la sostiene se falsea la cuestión de la insostenibilidad".

23. LEIS, Hector Ricardo. Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial. In: *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania*: desafios para as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 1998. p. 15-43.
24. LEIS, Hector Ricardo. *Ambientalismo*: um projeto realista-utópico para a política mundial. In: *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania*: desafios para as ciências sociais. São Paulo: Cortez, 1998.
25. GIOVANINNI, Fabio. A democracia é boa para o ambiente? *Revista Ambiente e Sociedade*, Campinas, ano 1, n. 1, 2º semestre de 1997. p. 108.

a penalização não leva a benefícios ao meio ambiente, já que não previne danos, nem modifica o próprio sistema de valores da sociedade; segundo, os maiores danos causados ao meio ambiente têm como agentes pessoas ou grupos estruturalmente imunes ao sistema penal, como se verá o item 2.

1.2. A tutela penal da sustentabilidade e a falácia do projeto expansionista

Tem sido bastante frequente no campo do direito penal a identificação do surgimento de um direito penal moderno, em contraposição ao direito penal clássico, e que vem se caracterizando por desafios sucessivos aos juristas.[26] Em geral, a análise desse novo direito penal se inicia com a referência a uma transformação social fundamental. As mudanças na economia, na política, na ciência e nas comunicações estariam provocando o surgimento de uma macrocriminalidade, a qual teria como consequência a exposição a perigo ou a lesão de grandes e irreversíveis proporções a bens jurídicos supraindividuais.[27] Trata-se da chamada sociedade de risco, tratada por Ulrich Beck, entre outros autores.[28] Uma das consequências de dita sociedade seria a criação de riscos, sobremaneira ambientais, inerentes ao próprio progresso industrial e tecnológico. Tais riscos, no entanto, fugiriam do controle dos próprios meios desenvolvidos pela escalada industrial, gerando um ambiente de instabilidade e de busca por segurança e mitigação, o que torna o cenário propício a propostas oportunistas de criminalização.

Em razão da consequente utilização do Direito Penal de maneira preventiva dessas lesões, estaria ocorrendo uma crescente tendência a sua funcionalização.[29] Nas palavras de Prittwitz, esse movimento busca assegurar o futuro por meio do direito penal, tendo como pressuposto que a ameaça proceda de um comportamento que se possa, simplesmente e razoavelmente, proibir pela elaboração de uma norma jurídica.[30]

---

26. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* T. XLV, 1992. p. 235-249.
27. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.
28. BECK, Ulrich et al. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: EDUSP, 1997.
29. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del "Big crunch" en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2003, v. 7. p. 953-985.
30. PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: DALBORA, José Luis Guzmán (Coord.). *El penalista liberal*. Buenos aires: Hammurabi, 2004. p. 162

Silva Sánchez é uma das referências na detecção dessas tendências político-criminais, entendendo que, se o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos, então a sua expansão obedece, ao menos em parte, à aparição de novos bens jurídicos, novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes.[31] Para o autor, diante da impossibilidade real de voltar a um direito penal mínimo e rígido, esses novos bens jurídicos incorporariam o direito penal moderno a uma segunda velocidade: aquela que não utiliza a privação da liberdade como pena, tem como foco os bens jurídicos supraindividuais, e torna flexíveis as regras de imputação.[32] Essa seria, para ele, uma solução no "ponto médio" da configuração dualista, representada pelas posições direito penal amplo e flexível *versus* direito penal mínimo e rígido. Assim, a manutenção dessa segunda velocidade dentro do direito penal e não em outro âmbito, como propõe Hassemer,[33] teria como função manter os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito penal,[34] mas somente seria razoável na medida em que não comportasse penas corporais. Essa proposta é resignada, como ele próprio afirma, dada pelo fato de que essas criminalizações já existem. Mas pondera que, como na realidade os delitos de perigo abstrato e tantos outros que vulneram os princípios do direito penal clássico impõem penas de prisão, não é possível afirmar que hoje a expansão do direito penal possua a requerida razoabilidade político-jurídica.[35]

Na realidade atual, essa expansão provém especialmente do reconhecimento de interesses coletivos e difusos. A tutela penal do meio ambiente aparece nesse contexto como um dos *loci* nos quais esse direito penal moderno se desenvolve, junto aos crimes financeiros, tributários e contra a ordem econômica. Trata-se de uma criminalidade relacionada especialmente aos poderosos, a qual já havia sido denunciada pela criminologia há décadas, especialmente no pioneiro estudo de Edwin Sutherland sobre a criminalidade de colarinho branco,[36] teoria recepcionada criticamente ainda na década de 1970 na América Latina.[37]

31. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, p. 12.
32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal,* p. 179.
33. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*.
34. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, p. 179.
35. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*, p. 182.
36. SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, Feb. 1940. p. 1-12. Available in: [www.jstor.org/stable/2083937]. Acessed in: 31.03.2010.
37. Ao revisarem a teoria de Sutherland sob a mirada do capitalismo dependente, García e Gómez, e logo, Aniyar de Castro, chegaram a quatro críticas prioritárias ao trabalho do

Tais justificativas contextuais vêm junto à crítica do direito penal meramente individualista e antropocêntrico, preocupado, sobretudo, em proteger a vida, a integridade física e o patrimônio individuais. Contudo, nos últimos vinte anos do século XX, foi possível testemunhar o surgimento de bens jurídicos supraindividuais, coletivos ou difusos, baseado, sobretudo, na criminalização do perigo.[38]

Para vários autores, a tutela penal do meio ambiente é necessária e indiscutível. Para isso, propõem a superação do paradigma clássico para a busca de um novo paradigma que legitime essa proteção.[39] Mario Monte, por exemplo, propõe uma mudança de paradigma, do direito penal da individualidade ao direito penal da sustentabilidade, que consistiria na

> "[...] protecção penal de interesses que se afirmam pela supraindividual, cumulativa, deslocalizada e global relevância, e que se fundamenta, sobretudo, não na promoção de interesses individuais, mas de interesses supraindividuais que se fundam num dever geral de solidariedade, não só pelas gerações actuais, mas e sobretudo pelas vindouras."[40]

Nesse paradigma, ultrapassa-se a perspectiva individual, garantindo a legitimação da tutela penal antecipada, baseada na ideia de risco, prescinde-se da noção de bem jurídico individual e se aceita facilmente a responsabilidade penal das pessoas coletivas.[41]

---

autor: 1) a pouca atenção conferida ao Estado não corresponderia à análise do contexto latino-americano, pois deixaria de fora o crime de corrupção; 2) a tentativa de construção de uma teoria geral do desvio e da criminalidade (teoria da associação diferencial) a abarcar o delito convencional e o delito do colarinho branco dilui sua especificidade no processo social global; 3) a sujeição aos parâmetros da definição legal do crime acaba por limitar o campo da investigação empírica sobre a temática; 4) a limitação do enfoque das corporações no marco do Estado-nação é insuficiente se considerada a realidade das empresas transacionais. ANIYAR DE CASTRO, Lola. El delito de cuello blanco en América Latina: una investigación necesaria. *ILANUD al día (San José)*, Costa Rica, v. 3, n. 8, may.-ago. 1980. p. 79-81. GARCÍA MÉNDEZ; E.; GÓMEZ, L. "Actualización crítica del concepto 'Delito de Cuello Blanco'" de E. Sutherland. *Capítulo Criminológico*, 6, 1978. p. 119-141.

38. MONTE, Mario. Direito penal da sustentabilidade? tópicos para um novo paradigma na tutela penal do ambiente. *JURISMAT*, Portimão, n. 3, 2013. p. 91-101.
39. MONTE, Mario. *Direito penal da sustentabilidade?*, p. 94.
40. MONTE, Mario. *Direito penal da sustentabilidade?*, p. 99.
41. MONTE, Mario. *Direito penal da sustentabilidade?*, p. 99.

Já para outros autores, como Helena Regina Lobo da Costa, a tutela penal do meio ambiente apresenta diversos problemas, sendo essencial a rediscussão da questão do bem jurídico, que só poderia emprestar legitimidade à criminalização se analisado do ponto de vista antropocêntrico:

> "A concepção antropocêntrica permite uma tutela do meio ambiente pelo direito penal, mas somente quanto tomado como bem essencial ao desenvolvimento da pessoa humana. Quanto mais distanciada for essa relação com o ser humano – temporal, causal e espacialmente – mais criteriosa deve ser a decisão da tutela pelo direito penal."[42]

Para além da decisão inicial sobre a viabilidade de criminalização, outros desafios se apresentam em relação à dogmática penal quais sejam: quanto aos princípios da legalidade em suas vertentes formal, de competência para legislar, e material, de taxatividade na prescrição legal; na elaboração das normas incriminadoras e reflexos quanto à conformação da tipicidade penal – a multiplicação de tipos abertos e vagos; as normas penais em branco a utilização de outras técnicas de reenvio como a chamada assessoriedade[43] do ato –; o princípio de lesividade, desafiado pela formulação de crimes de perigo abstrato, com a consequente antecipação de punibilidade, e ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes; o princípio de culpabilidade, afrontado pelo reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica,[44] além de outras formas de análise de autoria que se aproximam da responsabilidade penal objetiva,[45] bem como pela ocorrência indiscriminada de erros de proibição decorrentes do excesso de assessoriedade; o princípio de proporcionalidade,[46] e seus subprincípios da adequação e da necessidade, são postos em xeque quando se percebe a realidade da inadequação

42. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*, p. 29
43. A grafia do termo com dois esses se dá pela aderência à corrente de pensamento que trabalha com a ideia de que o direito penal assessora o direito administrativo. Sabe-se, no entanto, da existência da corrente que entende pela grafia "acessoriedade", de acordo com o entendimento de que o direito penal seria apenas um acessório à tutela administrativa.
44. SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Instituto de Criminologia e Política Criminal*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_ juridica.pdf]. Acesso em: 25.03.2013.
45. ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007.
46. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación *in memorian*. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 299-333.

do direito penal para a prevenção de danos ambientais e, sobretudo, para a sua reparação, dada a sua característica de irreversibilidade.

Assim, ao invés de responder a um injusto por meio de respostas adequadas e justas, trata-se de prevenir futuros injustos ou de conter os grandes problemas sociais futuros: "[...] em direito penal já não se trata fundamentalmente de uma resposta adequada a um fato passado, mas do domínio do futuro".[47] A amplitude de tais bens jurídicos tem, ainda, como consequência, a ampliação do arbítrio judicial, que passa a preencher as lacunas do legislador nas decisões judiciais, acabando por assumir um caráter pragmático e político similar ao das leis: trata-se de um direito penal jurisprudencial.[48] Sabe-se, ademais, da danosidade dessa conduta em termos de garantias penais, uma vez que o papel do magistrado acaba subvertido, passando ele a ser visto como ator na implantação de políticas públicas para a prevenção dos danos ambientais.

No Brasil, tal constatação se reveste de especial gravidade, tendo em vista as atuais tendências ativistas de muitos magistrados, as quais acabam por vulnerar os direitos dos acusados. De fato, o que se deve debater nesse ponto é como a dogmática tradicional vem enfrentando essas questões fundamentais e se as dificuldades encontradas se devem de fato à "desatualização" da dogmática constituída nos padrões do direito penal clássico ou se decorrem da inadequação do uso do direito penal para a tutela desses novos bens jurídicos. Tendo em vista, ademais, o princípio da subsidiariedade, é pertinente questionar se outras formas de punição menos gravosas e mais ligadas à reparação do dano, como o direito administrativo ou a já mencionada proposta de Hassemer, qual seja, o direito de intervenção, foram ao menos cogitados no processo de tomada de decisão político criminal e legislativa.

Se os marcos regulatórios do Estado Democrático de Direito condicionam a necessidade de respeito aos direitos fundamentais, então não se trata de apenas fazer com que o direito penal pratique verdadeiros contorcionismos. Os déficits de aplicação processual desse direito penal moderno decorrem de um problema estrutural, de modo que sua utilização intensiva não os pode solucionar.[49] Como nota Muñoz Conde, essa tendência à funcionalização do Direito Penal, na tentativa de fazê-lo responder às transformações sociais vividas na atualidade "[...]

47. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. p. 243. Original em espanhol: "[…] en derecho Penal ya no se trata fundamentalmente de una respuesta adecuada a un hecho pasado, sino del dominio del futuro".

48. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal,* p. 69.

49. HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, p. 243.

encerra o perigo de que lhe sejam atribuídas tarefas que na prática não pode cumprir, oferecendo, enganosamente, à opinião pública perspectivas de soluções de problemas que de imediato não se apresentam na realidade".[50] Tal constatação aponta, sem dúvida, para o uso simbólico do direito penal,[51] o qual é, ademais, fortemente contraprodutivo, uma vez que, por meio de uma falsa sensação de solução do problema, desincumbe o Poder Público de pensar alternativas realmente eficazes para a cessação das agressões ao bem jurídico.[52]

2. A reprodução social das desigualdades por meio do sistema penal: funções declaradas e funções reais

Este tópico tem o objetivo de investigar a relação do paradigma da sustentabilidade, em sua aproximação ecocêntrica e crítica do desenvolvimentismo, a essa aposta na expansão do direito penal e, por consequência, do sistema penal. A mesma matriz teórica marxista, que vem realizando as mais lúcidas críticas às contradições do desenvolvimento sustentável, possui uma importante aproximação no que tange à relação entre sistema penal, capitalismo e reprodução das desigualdades sociais. O marco teórico dessa análise é a Criminologia crítica, que, a partir da década de 1970, vem desafiando o direito penal com uma poderosa crítica externa de suas contradições, que se revelam, ainda, na pena de prisão e na própria concepção de punição. Nesse contexto, serão feitos aportes de dogmática penal crítica, bem como de estudos a respeito da produção legislativa penal, sendo possível visualizar que, por ambos os caminhos, as conclusões parecem aproximar-se. O capítulo se divide em duas partes: na primeira, discute-se a função do direito penal de tutela a bens jurídicos difusos (2.1), para, na segunda parte, passar a uma análise criminológica e dogmática a respeito da deslegitimação do sistema penal, bem como a um estudo político-criminal para visualizar qual alternativa seria a mais compatível com tal paradigma (2.2).

---

50. MUÑOZ CONDE, Francisco. O "moderno" direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, 1997. p. 37-42.

51. Não se ignora, por óbvio, que é própria da ciência penal uma determinada carga simbólica. Contudo, o que se deve prevenir aqui é a sobreposição de uma demasiada carga simbólica sobre poucos efeitos reais, sobremaneira no que tange à preservação do bem jurídico supostamente tutelado pela norma.

52. COSTA, Helena. *Proteção penal ambiental,* p. 151.

2.1. Funções simbólicas e instrumentais do direito penal

As objeções dogmáticas à tutela penal da sustentabilidade, mesmo aquelas que têm a finalidade de limitar o arbítrio punitivo através da conservação do núcleo duro e rígido do direito penal clássico, trazem um problema maior quando realizada a análise crítica sociológica e histórica do sistema penal. Ao deslegitimar o uso simbólico do direito penal, tais objeções terminam por legitimar o seu uso instrumental, obscurecendo as suas necessárias críticas. Esta é a crítica de Baratta a Hassemer:

> "O risco é que a exclusão "por princípio" dos bens jurídicos difusos e indeterminados seja compensada com uma aceitação, também "por princípio", dos bens jurídicos pessoais e indeterminados, e que esta aceitação substitua a comprovação empírica da hipótese da idoneidade da pena na tutela desses bens, transformando-se em um novo suporte ideológico da teoria instrumental do Direito penal. Dessa maneira, a cobertura crítica e política do discurso fica, de fato, limitada à dimensão quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo) sem intervir sobre a dimensão qualitativa, é dizer, sobre o conceito da função instrumental do direito penal *tout court*."[53]

Também Jakobs, quando quer limitar as flexibilizações do direito penal clássico a apenas um grupo de não pessoas – os inimigos – e, portanto, limitar o arbítrio punitivo diante do cidadão[54] acaba incorrendo nesse erro. Baratta apresenta três dificuldades principais diante dessa tentativa de ambos os autores. A primeira é histórica, e consiste na demonstração de que, ao contrário de ser utilizada em seu sentido restritivo, o conceito extrassistemático de bem jurídico tem sido usado até agora prevalentemente em sentido extensivo. Tanto grupos

53. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal*, p. 62. Do original em espanhol: "El riesgo es que la exclusión "por principio" de los bienes jurídicos difusos e indeterminados sea compensada con una aceptación, también 'por principio', de los bienes jurídicos personales e indeterminados, y que esta aceptación sustituya la comprobación empírica de la hipótesis de la idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes, transformándose en un nuevo soporte ideológico de la teoría instrumental del Derecho penal. De esta manera, la portada crítica y política del discurso queda, de hecho, limitada a la dimensión cuantitativa (contener la expansión del sistema punitivo) sin intervenir sobre la dimensión cualitativa, es decir, sobre el concepto de la función instrumental del Derecho penal *toutcourt*".

54. JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

progressistas como aqueles mais conservadores vêm justificando tal expansionismo. No Brasil, ademais, principalmente na esfera econômica, não é incomum que algumas tipificações penais vigorem por anos com celeumas doutrinárias a respeito de qual o bem jurídico tutelado pela norma, como é o caso da lavagem de dinheiro. Ocorre uma verdadeira inversão de etapas no processo de criminalização, servindo o bem jurídico como justificativa posterior à promulgação da norma. Essa crítica, aliás, pode ser feita com detalhamento por meio dos critérios de racionalidade delineados por Díez Ripollés, segundo os quais a produção do ato legislativo deveria passar, dentre outros, pelo exame de racionalidade ético, o qual questiona justamente a adequação do novo tipo aos valores prevalentes e consensuais em dada sociedade.[55]

A segunda dificuldade tem caráter normativo, e se refere à crença de alguns autores de que os direitos consagrados na Constituição constituem naturalmente bens jurídicos dignos de tutela penal. A terceira dificuldade é de natureza epistemológica, e diz respeito à necessária crítica da função instrumental do direito penal, a qual não possui qualquer comprovação empírica.[56]

Pode-se ainda acrescentar uma quarta, a qual se dá pelo uso de técnicas normativas bastante problemáticas nessas searas, sobretudo a ambiental, as quais muitas vezes terminam por promover um verdadeiro desvio no bem jurídico suspostamente tutelado pela norma.[57] Na Lei 9.605 de 1998, são muitos os tipos que parecem proteger muito mais a atuação da Administração Pública do que verdadeiramente o meio ambiente ou a sustentabilidade, como o previsto no artigo 69.[58]

Trata-se, a partir daí, de mostrar, com base na crítica externa a que se propõe a criminologia crítica, a deslegitimação estrutural do direito penal, por não cumprir qualquer das funções instrumentais declaradas, sejam elas absolutas ou relativas. Assim, se tem o direito penal a finalidade de aplicação de uma pena,

55. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. La racionalidad de las leyes penales. p. 111 e ss. É claro que essa concepção pressupõe a sociedade como consenso, desconsiderando o ponto de vista do conflito, na nossa perspectiva mais adequado a esta crítica, por compreender o direito penal como um instrumento da classe dominante para, simultaneamente à criminalização dos subalternos, promover a imunização de si e de seus pares. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

56. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal*, p. 62.

57. Tratamos desse tema em FALAVIGNO, Chiavelli. *O risco de deslegalização no direito penal*: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo (Tese de doutorado). No prelo.

58. Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais.

somente cabe defender a sua adequação no tratamento de determinado problema ao se saber para que serve a pena em um Estado democrático de direito.

A Criminologia crítica, a partir de estudos empíricos, vem demonstrando, desde a década de 1970, que o direito penal não cumpre com as suas promessas,[59] sejam elas relacionadas ao respeito aos seus princípios fundamentais de contenção da violência estatal,[60] sejam elas ligadas à falta de comprovação empírica[61] de cumprimento das funções da pena.[62] A relação entre prisão e capitalismo, dissecada por Rusche e Kirchheimer[63], e todas as análises da economia política da pena são contribuições que auxiliam na compreensão da completa inefetividade da punição quando dirigida a agentes poderosos, afinal isso seria absolutamente contraproducente desde um ponto de vista estrutural.

Por outro lado, ainda que operando desde outro marco teórico e epistemológico, a análise foucaultiana sobre o poder e as funções latentes e funções declaradas da prisão[64] continua ecoando na teoria da pena na atualidade, e não pode ser desconsiderada diante desses novos fenômenos. Em razão disso, uma dogmática penal que se pretenda minimamente assentada na realidade deve considerar o fato de que o direito penal se encontra deslegitimado[65] e apenas pode funcionar como contenção do poder punitivo enquanto este próprio não pode ser extinto.[66]

Para além do exposto, em termos de normativização, ademais, é importante ressaltar que as técnicas legislativas já apontadas influenciam diretamente na

59. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

60. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

61. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

62. ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

63. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

64. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

65. ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

66. ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

possibilidade de que a pena possua qualquer hipotética função dissuasória, uma vez que, em muitos casos, a excessiva complementação administrativa sequer permite ao destinatário um conhecimento pleno do conteúdo da proibição.

A funcionalidade dos crimes econômicos e ambientais para o próprio sistema capitalista deve ser um foco fundamental de análise,[67] de maneira que se parta de um estudo macroestrutural para compreender tal macrocriminalidade.[68] De fato, não é o próprio sistema capitalista responsável pela produção de danos ambientais irreversíveis? Tanto a perspectiva criminológica voltada aos danos ambientais – a criminologia verde –[69], quanto aquela sobre danos sociais de maneira genérica, permitem refletir desde um ponto de vista fundamental: além de instrumentalizar as diferentes agências de controle penal para a necessária reprodução social das desigualdades na funcionalidade do modo de produção capitalista, Estados e Mercados atuam segundo os princípios ligados à acumulação irresponsável de capital, independentemente de custos humanos e ambientais. São, por isso, responsáveis diretos pelo maior número de mortes de seres humanos, destruição ambiental, e pelo extermínio de espécies inteiras de animais.[70] Não é por acaso que a chamada criminalidade de colarinho branco permanece imune às constantes criminalizações: ela é funcional à economia legal.[71] Não se pode, portanto, reduzir a problemática ambiental à responsabilização criminal, em um contexto socioeconômico desigual e em que essa criminalidade é funcional ao sistema.

Especificamente, no caso da função de prevenção geral positiva, a mais propalada quando se trata da tutela penal de bens jurídicos coletivos ou difusos, trata-se da criação de um já mencionado direito penal simbólico:

> "as funções indicadas têm que ver diretamente com a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento e a confirmação da validade das normas,

67. DOWNES, David; ROCK, Paul. *Understanding deviance*. Oxford: Oxford, 2008.
68. TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología*: contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.
69. HECKENBERG, Diane; WHITE, Rob. *Green Criminology*: an introduction to the study of environmental harm. New York: Routledge, 2014.
70. BARAK, Gregg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, 11(2): 104-114, jul.-dez. 2015. RUGGIERO; Vincenzo. SOUTH, Nigel. Green Criminology and Dirty Collar Crime. *Crit Crim*, 2010, v. 18, p. 251-262. DOI 10.1007/s10612-010-9122-8.
71. RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*: ensaios em anticriminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

> confirmação simbólica e não empírica, por ser independente de quantidade de infrações e de sua redução."[72]

Na prática, está o direito penal ancorado apenas simbolicamente, já que não pretende proteger bens jurídicos, mas causar uma sensação na sociedade: a de que se pode confiar no direito. Esta teoria não deixa de estar ligada, portanto, à ideia de sensação de insegurança, tão cara a discursos políticos e midiáticos da atualidade. Tal sensação, bem trabalhada por Bauman,[73] é, muitas vezes, o fundamento e a justificativa de diversos projetos e alterações legais que tramitam em tempo recorde, contrariando novamente qualquer exame de racionalidade na produção legislativa em matéria penal.

Assim, as tentativas de legitimação do direito penal são simbólicas, pois satisfazem à retórica e à opinião pública; mas, na prática, também desempenham funções instrumentais, porém, diferentes das declaradas:

> "[...] revigora o direito penal como programa *desigual* de controle social *seletivo*, dirigido contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital e já punida pelas condições de vida."[74]

Em termos político-criminais, a realidade da emergência da sociedade de risco, e da busca desenfreada pela utilização do direito penal como forma de acalmar as inseguranças sociais e ambientais, dialetiza com as políticas criminais alternativas típicas das conclusões da deslegitimação estrutural do sistema.[75] Torna-se, assim, fundamental analisar esse fenômeno de descriminalização-hipercriminalização, sobretudo sob a perspectiva da função simbólica do direito

72. BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal*. Original em espanhol: "[...] las funciones indicadas tienen que ver directamente con la expresión de los valores asumidos por el ordenamiento y la confirmación de la validez de las normas, confirmación simbólica y no empírica, por ser independiente de cantidad de infracciones y de su reducción".

73. BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, dentre outras obras.

74. SANTOS, Juarez Cirino dos. Novas hipóteses de criminalização. *Instituto de Criminologia e Política Criminal*. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf]. Acesso em: 20.12.2010.

75. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

penal,[76] e a necessária crítica que dela devem provir, dados os riscos de eliminação do bem jurídico da teoria do direito penal.[77]

2.2. A insustentabilidade da reprodução das desigualdades sociais

Um dos principais achados da sociologia do desvio da década de 1960, na forma da teoria do etiquetamento, foi a inversão operada na definição de crime e de desvio: partindo do pressuposto de que a realidade é socialmente construída, não é possível falar em crime sem que uma norma penal tenha sido anteriormente criada (criminalização primária) e que venha a ser posteriormente aplicada a um caso concreto (criminalização secundária).[78] Ademais, a década de 1970 trouxe, junto à Criminologia crítica e às teorias do conflito, a verificação de que a criação da norma penal somente pode ser realizada por quem detém o poder de definir o que é crime, e que a aplicação da norma também depende da reação social. Daí que o crime não é um conceito natural: é ele construído com base em um jogo permanente de forças em cuja base estão as desigualdades sociais.

Acreditar nas promessas de defesa social e proteção individual contra o arbítrio do Estado após esses achados parece bastante ingênuo. Diante dessa perspectiva macrossociológica sobre a criminalidade, torna-se possível questionar a sobrerrepresentação da população mais pobre nas prisões, nos diferentes países: por detrás da seleção da população criminosa são reencontrados "os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e oportunidades entre os indivíduos".[79] Daí que não seja possível pensar essa imagem do sistema como um erro, mas sim como uma ideologia, que se torna parte do objeto de uma análise científica do sistema penal:

> "A forma da mediação jurídica das relações de produção e das relações sociais na sociedade capitalista moderna (o direito igual) é *ideológica*: o funcionamento do direito não serve, com efeito, para produzir a igualdade, mas para reproduzir e

76. BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 57-88.

77. BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 1-30.

78. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

79. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 106.

> manter a desigualdade. O direito contribui para assegurar, reproduzir e mesmo legitimar (esta última é uma função essencial para o mecanismo de reprodução da realidade social) as relações de desigualdade que caracterizam a nossa sociedade, em particular a escala social vertical, isto é, a distribuição diferente dos recursos e do poder, a conseqüência visível do modo de produção capitalista."[80]

Em um sistema de classes, alguns são contemplados com bens positivos, como patrimônio, privilégio e renda, a criminalidade é um bem negativo atribuído a algumas pessoas, por meio de mecanismos análogos.[81] Os resultados a que chega a Criminologia crítica são justamente a demonstração de que o princípio da seletividade, já formulado pela teoria do etiquetamento, está orientado conforme a desigualdade social, sendo que as classes inferiores são as efetivamente perseguidas. Assim, "[...] o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes".[82] Denúncia também exposta por diversos autores que analisaram a influência das demandas econômicas no funcionamento do sistema penal,[83] balizando, muitas vezes, a mudança das políticas públicas que orientam os processos de criminalização.[84]

Ao conseguirem impor ao sistema a impunidade às próprias ações criminais, grupos poderosos, internos ou externos, determinam a perseguição punitiva às infrações praticadas pelos indivíduos mais vulneráveis. Os maiores danos causados à humanidade e ao meio ambiente são provocados pela ação concertada entre Estados e Mercados, e, notadamente por envolverem instituições detentoras dos poderes político e econômico, permanecem de fora da categoria jurídica de "crime"[85].

---

80. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal,* p. 213.
81. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, p. 108.
82. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 301. Tradução livre do original em espanhol: "[...] el sistema punitivo se presenta como un subsistema funcional de la producción material e ideológica (legitimación) del sistema social global, es decir, de las relaciones de poder y de propiedad existentes, más que como instrumento de tutela de intereses y derechos particulares de los individuos".
83. Por todos, WACQUANT, Löic. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2003.
84. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
85. BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales

A seletividade do sistema inicia na criminalização primária, quando são – ou deveriam ser – definidos no Legislativo os bens jurídicos que deverão ser protegidos, escolhidos desde um lugar de privilégio, dado que essa instituição é constituída majoritariamente por homens, brancos, de classe alta ou média alta. Não se ignora que, nesse momento, diversos interesses, incluso político-eleitorais e midiáticos, sobrepõem-se a discussões verdadeiramente científicas. Daí serem os crimes contra o patrimônio os mais comuns nos ordenamentos jurídicos de países capitalistas, e também de serem pobres os principais clientes do sistema penal. O Parlamento é, então, parte do conjunto de instituições encarregadas de produzir a política criminal, isto é, "o programa do Estado para controlar a criminalidade".[86]

A criminalização secundária, aquela que decorre da atuação das agências executiva e judiciária do sistema penal (polícia, justiça), é também seletiva. Mesmo quando previstos na lei crimes típicos das classes dominantes, ou mesmo quando praticam delitos comuns, dificilmente pessoas que delas fazem parte são punidas com a privação da liberdade. Aqui também é interessante observar a constituição das posições de poder no Judiciário brasileiro, constituído majoritariamente por pessoas brancas e provenientes das classes média e média alta.

A constatação da seletividade segundo a raça e a desigualdade de classe traz diversas consequências. A principal delas é o descrédito no princípio de igualdade perante a lei. Conforme conclui Andrade, ao invés de assegurar a igualdade e a generalização no exercício da função punitiva, a dogmática penal trouxe para o sistema penal a reprodução da seletividade e da desigualdade percebida na sociedade.[87]

Para Baratta, a partir desses achados, três seriam as ordens de questões que deveriam ser trabalhadas no interior de uma Criminologia crítica: 1) as questões relacionadas às condições *materiais* dos processos subjetivos de definição da criminalidade; 2) as questões relacionadas aos efeitos ou às funções da construção social da criminalidade, ou seja, "aos efeitos ou funções que a sua imagem exerce sobre a sociedade"; 3) questões relativas à definição da negatividade social, de

---

y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.

86. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, ano 7, n. 12, 2º sem. 2002. p. 53.

87. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica:* do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 311.

um ponto de vista externo ao sistema penal institucional e à imagem da criminalidade no senso comum, definida, pelo autor como o "referente material" das definições da criminalidade.[88]

No que tange à segunda ordem de questões, mais ligada ao tema deste trabalho, é fundamental a comparação que o autor faz com o "teorema de Thomas": "situações definidas como reais possuem efeitos reais", querendo significar que, se uma determinada imagem da realidade é afirmada, esta age efetivamente sobre a estrutura ideológica e material da sociedade. Na atual sociedade midiatizada há uma enorme influência dos processos comunicativos na definição da criminalidade. Sendo assim, "para obter determinados efeitos políticos, para legitimar ou deslegitimar, por exemplo, um sistema político ou um governo, não é necessário influir sobre a realidade, é suficiente agir sobre a sua imagem".[89] Uma das características importantes da Criminologia crítica é, portanto, inserir a questão da ideologia penal como momento fundamental da legitimação e reprodução das relações de desigualdade.

O caráter estruturalmente seletivo, desigual – e, no caso latino-americano, genocida[90] – do sistema penal poderia ser posto em questão diante do expansionismo penal dirigido aos delitos econômicos, tributários e ambientais, com a consequente criminalização dos ricos e não da pobreza. Contudo, tal perspectiva deixa de considerar, em primeiro lugar, as enormes margens de impunidade existentes nesses casos, devido ao tipo de criminalidade de que se trata e, sobretudo,

88. BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica. In: MATA, Victor Sancha (intervista a cura di), Dei delitti e delle pene: *Rivista di studi sociali storici e giuridici sulla questione criminale*, Bologna, n. 1, mar. 1991, p. 59.

89. BARATTA, Alessandro. *Che cosa è la criminologia critica*, p. 63. Tradução livre do original em italiano: "Per ottenere determinti effetti politici, per legittimare o delegittimare, ad esempio, un sistema politico o un governo, non è necessario influire sulla realtà, è sufficiente agire sulla sua immagine".

90. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal, p. 11 e ss. Para além do caráter genocida de uma maneira geral dos sistemas penais latino-americanos, é necessário destacar o caráter especialmente genocida em relação aos corpos negros. Não se trata simplesmente de denunciar a violência do sistema penal, mas de reconhecer a estrutural desumanização operada desde o processo de escravização de povos provenientes de África e, em decorrência disso, a fácil e impune descartabilidade dos corpos de seus descendentes, operada através das mais diversas formas de negação e cegueiras derivadas da branquidade. Para compreender esse debate sobre genocídio do povo negro no Brasil, do qual o sistema penal é um dos agentes, cf. FLAUZINA, Ana Luiza. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

ao caráter funcional desses crimes ao próprio sistema capitalista. Além disso, que a cada flexibilização dos princípios garantidores do direito penal e do processo penal sustentados por essas modernas teorias, corresponde a sua aplicação aos corpos mais vulneráveis que historicamente têm sido a clientela do direito penal clássico.

Partindo-se do princípio de que a sustentabilidade somente poderá ser alcançada quando for questionada e superada a estrutura de poder global que determina a reprodução social das desigualdades, e, junto com ela, a degradação do planeta, parece que o sistema penal, enquanto órgão reprodutor das desigualdades não pode ser visto como mecanismo idôneo a tal função. O direito penal não é mecanismo idôneo à proteção ambiental, pois não cumpre com as funções declaradas, sobrepondo-se o simbolismo da pena ao seu caráter instrumental; e sequer é possível considerá-lo sustentável, tendo em vista a função real por ele cumprida de destruição de corpos indesejáveis, e de reprodução social das desigualdades.

> "Quem nega, sobre a base de uma análise histórica e sociológica do sistema penal existente, que sua principal função real coincide com a função declarada de combater a criminalidade e identifica ao contrário, a função real do sistema na reprodução das relações sociais de desigualdade e de subordinação, não pode ao mesmo tempo aceitar participar em uma construção ideológica dos problemas sociais a partir da ótica do sistema penal e do senso comum que lhe é complementar."[91]

Ainda, considerando-se os pressupostos de que se reveste o paradigma da sustentabilidade, cabe verificar se a aposta no direito penal condiz com ela, considerando-se tudo o que já se sabe a respeito da segregação, do racismo e do preconceito de classe e gênero que circundam a operacionalização do sistema penal.

A insustentabilidade do sistema penal também está implicada no fato de que através dele os maiores crimes são cometidos pelo próprio Estado. As denúncias da realização de um verdadeiro genocídio cotidiano nas favelas brasileiras e nos

91. BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 103. Do original em espanhol: "Quien niega, sobre la base de un análisis histórico y sociológico del sistema penal existente, que su principal función real coincide con la función declarada de combatir la criminalidad, e identifica al contrario, la función real del sistema en la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad y de subordinación, no puede al mismo tiempo aceptar participar en una construcción ideológica de los problemas sociales desde la óptica del sistema penal y del sentido común que le es complementario".

cárceres vêm demonstrar que, mais do que proteger o meio ambiente, o sistema penal tem uma eficácia inversa: a de violá-lo, a começar pela vulneração da vida humana. Da mesma maneira, o próprio direito penal não possui condições de lidar com a criminalidade realmente danosa dessa "sociedade de risco", o que não implica no atrelamento da criminologia a esta incapacidade.

A criminologia crítica, apesar de haver nascido com um enfoque epistemológico voltado para o estudo do sistema de controle penal capitalista, sobretudo no que tange à criminalização da pobreza, não necessariamente deve permanecer nesses limites. Nem, tampouco, deve permanecer atrelada ao direito penal. Sua autonomia vem sendo defendida historicamente, mas vem ganhando força especialmente com a ascensão dos estudos desses danos sociais massivos causados pelos Estados e pelos mercados.[92]

Se, de fato, vive-se em uma sociedade na qual os maiores danos sociais, aqueles imprevisíveis derivados da sociedade de risco não podem ser prevenidos ou punidos pelo direito penal, podem eles, por outro lado, serem estudados nas origens, dinâmicas, contexto e circunstâncias que os promovem, seja na forma de genocídios, degradação ambiental, ou fatores mais estruturais como a fome e a doença. Tal estudo pode ser propriamente o escopo de outra epistemologia da criminologia, como proposto por vários autores desde a década de 1980.[93]

Trata-se, portanto, de desviar o foco do papel do sistema penal na tutela da sustentabilidade para o estudo dos danos sociais causados à sustentabilidade, entendida em um paradigma crítico, por Estados e mercados. Como nota Zaffaroni, a principal forma de prevenir tais danos é denunciando os seus discursos legitimadores.[94] Desenvolvimento, danos colaterais, inferioridade cultural/ biológica/ religiosa etc. são apenas alguns dos que vêm sendo usados como forma de justificar os maiores danos perpetrados. Assim, a atuação violenta dos sistemas penais, bem como a relação promíscua entre Estados e mercados na produção de danos sociais de extrema gravidade, fomentado pela lógica de

92. BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). *Delitos de los estados, de los mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014. p. 35-80.

93. Para uma revisão de literatura essa perspectiva epistemológica da criminologia, cf. RIVERA, Iñaki (Coord.). *delitos de los estados, de los mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.

94. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2010.

acumulação desenfreada típica do sistema capitalista, leva, então, a outro olhar necessário sobre as relações entre sustentabilidade e sistema penal.

Considerações finais

A tendência expansionista do direito penal vem sendo denunciada dentro do campo, sobrepondo-se, por consequência, uma busca pela sua limitação, a partir de três posturas principais: uma resignação diante da realidade, legitimando-a; uma crítica radical e deslegitimadora e uma postura de deslegitimação pela contrariedade dessa tutela a princípios basilares e conceitos fundamentais da dogmática penal. Enquanto a primeira costuma ser suportada por quem acredita na importância da tutela penal de bens jurídicos, restritos ou não àqueles típicos do direito penal clássico, a segunda e a terceira, respectivamente, reconhecem a deslegitimação estrutural do sistema penal, não podendo legitimá-lo em decorrência das contradições que carrega, ou colocam em xeque as bases da sistemática penal construída no setor, como a responsabilidade penal da pessoa jurídica ou o uso excessivo de técnicas de assessoriedade.

Este trabalho teve o objetivo de investigar a relação entre o conceito crítico de sustentabilidade e a ação do direito penal, seja na sua tutela, seja na percepção da sua deslegitimação. O marco teórico utilizado para tanto foi a criminologia crítica e aportes de dogmática penal. O artigo foi dividido em duas partes. Na primeira, tratou-se de explicar a crítica ao conceito de sustentabilidade, concluindo-se que tal paradigma deve ser compreendido de um ponto de vista ecocêntrico, que busque a superação do sistema capitalista, tendo em vista a insustentabilidade intrínseca desse modo de produção. Em seguida, estudou-se a tendência de incorporação de tal paradigma ao direito penal, através da justificação de uma modificação de seus principais pilares clássicos para comportar tipos penais amplos, de perigo, desproporcionais e ligados à esfera dos direitos coletivos e difusos. O contorcionismo dogmático necessário para se incorporar tais bens jurídicos levam a um importante questionamento acerca da real adequação do direito penal como mecanismo de efetivação da sustentabilidade, sobretudo, pelos riscos intrínsecos à flexibilização dos princípios do direito penal, que, desde o século XVIII, funcionam como contenção do arbítrio punitivo.

Em termos de dogmática penal e de política legislativa, por fim, não apenas a justificação das condutas se torna complexa, pelas diferentes concepções do bem jurídico tutelado – seja pelo ponto de vista antropocêntrico ou ecocêntrico –, mas também a redução das condutas a tipos apresenta graves dificuldades, das quais decorrem não menos graves consequências. Como já se salientou, o

uso irrestrito da técnica da norma em branco e de outros tipos de assessoriedade, as quais são justificadas na mutabilidade do bem jurídico ou a pré-existência de farta regulação administrativa no setor que deve então passar a integrar os tipos, afastam esse "novo" direito penal de suas principais garantias, colocando em xeque princípios como a legalidade e a culpabilidade. Da mesma forma, o uso recorrente de tipos de perigo, na tentativa de emprestar ao direito penal uma inverossímil função de prevenção do dano o torna questionável em sede de lesividade. A sobreposição de esferas de punição, com a utilização, como testemunhas, de fiscais ambientais, violam também garantias processuais, além de possibilitarem questionamentos a respeito de um possível *bis in idem* se a análise se der do ponto de vista de um sistema sancionador integrado.[95]

Na segunda parte foi possível realizar uma abordagem não mais apenas a partir da dogmática penal, mas sim da operacionalidade real dos sistemas penais. Inicialmente, demonstrou-se o não cumprimento das funções declaradas do direito penal em geral, mas, especialmente no chamado direito penal moderno. Portanto, a sua deslegitimação a partir de tal descumprimento, e sua aliança à produção de efeitos simbólicos no intuito de agradar seletivamente a opinião pública foi pontuada, para, em seguida, ser possível verificar a própria insustentabilidade do direito penal pelo cumprimento da função real de reprodução social das desigualdades. No mesmo sentido, pelo ponto de vista dogmático, a normativização das condutas não se sustenta, apresentando diversos problemas que acarretam consequências que desnaturam a ciência penal.

Diante de tal análise, a opção pelo minimalismo penal, sua contração máxima nos postulados do direito penal liberal como forma de contenção do expansionismo é, sem dúvidas, o caminho mais racional a seguir. A realidade é que um sistema montado para não funcionar de acordo com suas promessas não merece créditos na inversão de seu sinal: historicamente se tem visto que todas as brechas abertas ao Estado de polícia em nome da segurança resultaram em diminuição da liberdade, sobretudo dos mais vulneráveis ao sistema de controle penal. Quaisquer exceções que sejam feitas aos princípios do direito penal têm a tendência de repercutirem nos mais fracos.[96]

95. COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

96. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Outra questão importante é que, ademais de várias propostas limitadoras do direito penal moderno se basearem no fato de que as penas correspondentes não seriam privativas de liberdade, isso não é a realidade: tanto crimes ambientais quanto os demais crimes econômicos e financeiros persistem sendo apenados com prisão. Daí que admitir brechas autoritárias nesse direito penal tem a enorme tendência de comunicar com a esfera do direito penal individual, excepcionalizando-se também lá essas garantias.

Assim, no estudo das relações entre direito penal e sustentabilidade, não são poucas as abordagens possíveis: da dogmática penal crítica, que não aceita a ilusão das funções declaradas do direito penal e busca a contenção do poder punitivo por meio de um direito penal mínimo, passando pela criminologia crítica, que permite visualizar a insustentabilidade do próprio direito penal, e chegando nas consequências político criminais. Se a tutela penal da sustentabilidade corresponde à política criminal expansionista da repressão penal, com imprevisíveis consequências, o fato é que a política criminal que efetivamente condiz com o paradigma da sustentabilidade não é punitivo: é libertário, promotor da igualdade e da justiça social. Como já se sabe, isso é inatingível por meio do sistema penal. Ultrapassá-lo é a utopia possível para alcançar a sustentabilidade. Para tanto, o momento de crítica do sistema penal é fundamental, devendo ser estudados os processos expansionistas, tanto da perspectiva de suas contradições criminológicas, quanto de suas contradições dogmáticas. Sobretudo, destaca-se a necessidade de tornar visíveis e de compreender os processos através dos quais operam Estados e mercados na produção de os danos sociais massivos. Assim, a deslegitimação do direito penal na tutela da sustentabilidade não implica na deslegitimação da criminologia crítica em estudar o dano social para preveni-lo na forma da desconstrução de seus discursos legitimadores, como ciência autônoma em relação ao direito penal.

Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. ANIYAR DE CASTRO, Lola. El delito de cuello blanco en América Latina: una investigación necesaria. *ILANUD al día (San José),* Costa Rica, v. 3, n. 8, may.-ago. 1980. p. 79-81.

BARAK, Gregg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, 11(2): 104-114, jul.-dez. 2015.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica. In: MATA, Victor Sancha (intervista a cura di), Dei delitti e delle pene: *Rivista di studi sociali storici e giuridici sulla questione criminale*, n. 1, mar. 1991, Bologna, p. 53-81.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BARATTA, Alessandro. Enfoque crítico del sistema penal y la criminología en Europa. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 89-111.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 57-88.

BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004. p. 1-30.

BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (Orgs.). *Criminología y sistema penal*: compilación in memorian. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004. p. 299-333.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida*: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

BECK, Ulrich et al. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: EDUSP, 1997.

BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord.). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: adjetivo ou substantivo? *Carta capital*, 13 jun. 2011. Disponível em: [www.cartamaior.com.br/?/Coluna/Sustentabilidade--adjetivo-ou-substantivo-/19225]. Acesso em: 20.12.2013.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: tentativa de definição. *Blog Leonardo Boff*, 15 jan. 2012. Disponível em: [http://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao/]. Acesso em: 25.03.2014.

BÖHM, Maria Laura. Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach. *Kriminologisches Journal*, 48. Jg. 2016, H. 4.

BUDÓ, Marília de Nardin. Corporações transnacionais, oligarquias rurais e estado: a invisibilização das violências no campo. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. (Org.). *construindo as criminologias críticas*: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2018. p. 323-378. CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional*: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta, 2013.

DOWNES, David; ROCK, Paul. *Understanding deviance*. Oxford: Oxford, 2008.

FALAVIGNO, Chiavelli. *O risco de deslegalização no direito penal*: análise da complementação administrativa do ordenamento punitivo (Tese de doutorado). No prelo.

FLAUZINA, Ana Luiza. *Corpo negro caído no chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FREITAS, Rosana de Carvalho Martinelli; NÉLSIS, Camila Magalhães; NUNES, Letícia Soares. A crítica marxista ao desenvolvimento (in)sustentável. *R. Katál.*, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 41-51, jan.-jun. 2012

GARCÍA MÉNDEZ; E.; GÓMEZ, L. "Actualización crítica del concepto 'Delito de Cuello Blanco" de E. Sutherland. *Capítulo Criminológico*, 6, 1978. p. 119-141.

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

GIOVANINNI, Fabio. A democracia é boa para o ambiente? *Revista Ambiente e Sociedade*, Campinas, ano 1, n. 1, 2º semestre de 1997. p. 108.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLV, 1992. p. 235-249.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Direito penal do inimigo: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos sediciosos: *crime, direito e* sociedade, ano 1, n. 1, 1º semestre de 1996. p. 79-92.

LEFF, Enrique. *Ecologia, capital e cultura*: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009.

LEIS, Hector Ricardo. Ambientalismo: um projeto realista-utópico para a política mundial. In: *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania*: desafios para as ciências sociais. p. 15-43. São Paulo: Cortez Editora, 1998.

LÓPEZ, José A.; MÉNDEZ, José A. Una crítica del concepto de desarrollo sostenible. *Iztapalapa*, v. 40, p. 123-140, jul.-Dic. 1996.

LÖWY, Michael. Crise ecológica, capitalismo, altermundialismo: um ponto de vista ecossocialista. *INTERFACEHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente,* v.4, n. 3, artigo 1, set.-dez. 2009. p. 132-140.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del "Big crunch" en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, v. 7, 2003. p. 953-985.

MONTE, Mario. Direito Penal da Sustentabilidade? Tópicos para um novo paradigma na tutela penal do ambiente. *JURISMAT*, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 91-101. ISSN: 2182-6900.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. O "moderno" direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, Rio de Janeiro, 1997. p. 37-42.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional*: o papel da soft low em sua efetivação. Ijuí: Unijuí, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: DALBORA, José Luis Guzmán (Coord.). *El penalista liberal*. Buenos aires: Hammurabi, 2004.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: *A colonialidade do saber*: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. Disponível em: [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf]. Acesso em: 20.09.2017.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*: ensaios em anticriminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUGGIERO; Vincenzo. SOUTH, Nigel. Green Criminology and Dirty Collar Crime. *Crit Crim,* 2010, v. 18. p. 251-262. DOI 10.1007/s10612-010-9122-8.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Instituto de Criminologia e Política Criminal*. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_ juridica.pdf]. Acesso em: 25.03.2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Novas hipóteses de criminalização. *Instituto de Criminologia e Política Criminal*. Disponível em: [www.cirino.com.br/artigos/jcs/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf]. Acesso em: 20.12.2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. *Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*, ano 7, n. 12, 2º sem. 2002. p. 53-58.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, Feb. 1940. p. 1-12. Available in: [www.jstor.org/stable/2083937]. Acessed in: 31.03.2010.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología*: contribución a una teoría social de la conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Ecologia política, sustentabilidade e direito. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). *Direitos emergentes na sociedade global*. Ijuí: Unijuí, 2013.

UNITED NATIONS. *Our common future*. Disponível em: [www.un-documents.net/ocf-02.htm#III.6]. Acesso em: 23.02.2013.

VIZEU, Fabio; MENEGHETTI, Francis Kanashiro; SEIFERT Rene Eugenio. Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável. *Cad. EBAPE.BR*, v. 10, n. 3, artigo 6, Rio de Janeiro, Set. 2012. p. 569-583.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres*: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan: 2003.

WARAT, Luís Alberto. Eco-cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Seqüência*, n. 28, ano 15, junho de 1994. p. 96-110.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A importância da tutela penal do meio ambiente, de Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz – *RDA* 31/58-99 (DTR\2003\331);
- A segurança e o direito criminal ambiental em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial, de Emerson Penha Malheiro – *RDA* 89/35-56 (DTR\2018\10289);
- Fundamentos da tutela penal ambiental, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 818/435-446 e *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 1/905-920 (DTR\2003\616);
- Meio ambiente e direito penal brasileiro, de Miguel Reale Júnior – *Ciências Penais* 2/67-83, *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental* 1/291-309 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 3/425-444 (DTR\2005\16); e
- Sociedade de risco e intervenção do direito penal na proteção do ambiente, de Nelson Roberto Bugalho – *Ciências Penais* 6/286-323 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2007\727).

La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión

The alternative as a structure of thought in criminal law: on omission causation

Urs Kindhäuser

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universidad de Bonn, Alemanha.
kindhaeuser@uni-bonn.de

Traduzido por:

Javier Contesse Singh

Docente na Universidad de Chile, Santiago.
jcontesse@derecho.uchile.cl

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: Neste artigo, o autor investiga a categoria da "alternativa" como estrutura de pensamento no Direito Penal. Tomando como exemplo o problema da causalidade da omissão, o autor pretende fundamentar a tese segundo a qual, nesse contexto, um resultado típico efetivamente ocorrido não teria acontecido se alguém tivesse executado uma ação que omitiu. Para tanto, procede em três passos. Primeiramente, irá demonstrar como ação e omissão podem ser diferenciadas com a estrutura de pensamento da alternativa. Em segundo lugar, apresentará fundamento para a tese de que a causalidade de comportamentos juridicamente relevantes repousa sobre tal estrutura. Por fim, irá demonstrar, em terceiro lugar, que a causalidade da omissão deve ser determinada com base nos mesmos critérios de causalidade que a ação.

Palavras-chave: Omissão – Causalidade – Ação – Alternativa – Estrutura de pensamento.

Abstract: In this article the author investigates the category of "alternative" as a thought structure in criminal law. Taking as an example the problem of omission causality, the author intends to support the thesis that, in this context, a prohibited result actually occurred would not have happened if someone had performed an omitted action. To do so, the author proceeds in three steps. First, he demonstrates how action and omission can be differentiated with the alternative thinking structure. Secondly, he supports the thesis that the causality of legally relevant behavior rests on such a structure. Thirdly, he demonstrates that the causality of omission must be determined on the basis of the same causality criteria as the causality of action.

Keywords: Omission – Causality – Action – Alternative – Thought structure.

Sumário: 1. Formulación del problema. 2. Acción y omisión. 3. Causalidad jurídica. 4.Causalidad de la omisión. 5. Perspectiva. Bibliografía.

1. Formulación del problema

Una de las preguntas más comunes en la praxis judicial reza: ¿qué habría sucedido si…? En el derecho penal, ningún problema de imputación se deja resolver sin dar respuesta a esta pregunta. Nos preguntamos, por ejemplo: ¿se habría evitado el accidente si el conductor del automóvil hubiese mantenido la velocidad máxima permitida? o ¿habría podido la víctima del accidente ser salvada si el médico de urgencias hubiese sido informado antes de lo sucedido? Preguntas como esas se encuentran referidas a estados de cosas cuyo acaecimiento es considerado posible pese a no haber tenido lugar. Por la vía de dar respuesta a las mismas se pretende averiguar si un daño efectivamente acaecido habría ocurrido o no, en caso de que una determinada persona se hubiese comportado de manera distinta a como efectivamente lo hizo. Quien formula preguntas de ese tipo no pretende embarcarse en enrevesadas especulaciones, sino que asume que las mismas se dejan responder realistamente y con arreglo a criterios de verdad.

Ahora bien, pese a su importancia práctica, preguntas del tipo "¿qué habría sucedido si…?" rara vez son examinadas en la ciencia jurídica. Se sigue de lo anterior que aquellas teorías en las que dichas preguntas desempeñan algún rol explicativo suelen contener malentendidos, errores o confusiones. Esto vale especialmente para el ámbito de la imputación jurídico-penal. En las líneas que siguen, quisiera mostrar cuáles son las implicancias metodológicas de preguntas del tipo "¿qué habría sucedido si?" y cómo éstas pueden ser correctamente formuladas y respondidas. Tomaré como ejemplo el problema de la causalidad de la omisión. De lo que se trata es de fundamentar la tesis según la cual un resultado típico efectivamente acaecido no habría ocurrido si alguien hubiese ejecutado una acción que omitió. Al método con arreglo al cual respondemos preguntas de este tipo quisiera denominarlo la "estructura de pensamiento de la alternativa".

En mis reflexiones procedo en tres pasos. En primer lugar, pretendo mostrar cómo acción y omisión pueden ser diferenciadas con ayuda de dicha estructura de pensamiento. En segundo lugar, quiero fundamentar la tesis según la cual la causalidad de comportamientos jurídicamente relevantes descansa sobre dicha estructura. Finalmente, pretendo mostrar que la causalidad de la omisión debe ser determinada con arreglo a los mismos criterios que la causalidad de la acción.

Kindhäuser, Urs. La alternativa como estructura de pensamiento en el derecho penal: sobre la causalidad de la omisión. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 347-360. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

2. Acción y omisión

2.1 En lo tocante, primero, a la relación entre acción y omisión, es posible encontrar, tanto en la jurisprudencia como en la literatura alemanas, afirmaciones que generan cierta perplejidad. Aquí un ejemplo: en una importante decisión relativa al delito de omisión, el Tribunal Federal alemán, máximo tribunal de revisión en Alemania, afirmó lo siguiente: "la prohibición de una acción obliga a omitirla"[1]. Ahora bien, en relación con esta afirmación, considérese el siguiente caso: Carlos conduce su automóvil y se aproxima a un semáforo en rojo. La señal luminosa expresa que está prohibido seguir avanzando. Carlos se detiene. La detención puede ser vista como la omisión de seguir avanzando y es precisamente a ese comportamiento al que se refiere el Tribunal cuando estima que Carlos se encuentra obligado a omitir lo prohibido. Pero piénsese en la siguiente situación: Carlos no avanza, pero tampoco se detiene, sino que acelera en reversa e impacta al pequeño automóvil que se encuentra justo detrás de él. Es indudable que la conducción en reversa también cuenta como omisión de seguir avanzando, pero dicha conducción ciertamente no corresponde a la omisión a la cual la prohibición de seguir avanzando obliga.

Evidentemente, el Tribunal Federal parte de la idea de que a un actuar corresponde precisamente una determinada omisión. La misma idea hace suya Hans Welzel cuando escribe: "Dado que la omisión es omisión de una acción, desde el punto de vista ontológico, ella no es en sí misma una acción"[2]. Pero piénsese en el siguiente caso: Pablo se encuentra frente al mar pintando un cuadro de la puesta de sol mientras su pequeño hijo juega en la orilla. Súbitamente, el niño tropieza quedando expuesto al peligro de ahogarse. Pablo advierte lo sucedido, pero termina de pintar su cuadro con absoluta tranquilidad. Al finalizar Pablo el cuadro, su hijo ya está muerto. En relación con el niño, el comportamiento de Pablo puede ser visto como una omisión. En relación con el cuadro, en cambio, el comportamiento del incompasivo padre difícilmente puede ser considerado una omisión. De ahí que, según cuál sea la perspectiva adoptada, un mismo comportamiento puede ser visto como acción u omisión. La tesis según la cual las omisiones ontológicamente no son acciones es claramente falsa.

Ahora bien, si en vez de rescatar al niño o de pintar el cuadro, Pablo hubiese regresado tranquilamente a su hotel vacacional, entonces él habría omitido por medio de ese comportamiento tanto el rescate del niño como la terminación del

1. BGHSt 19, pp. 295, 298.
2. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 193.

cuadro. Además, Pablo podría haber omitido recolectar conchas en la playa. Así, un mismo comportamiento puede ser visto como omisión de una multiplicidad de otras acciones, sin que por ello tales omisiones sean idénticas entre sí. Omitir rescatar a un niño en el mar no es lo mismo que omitir recolectar conchas en la playa.

De acuerdo con lo anterior, cabe afirmar lo siguiente: así como es incorrecto que una omisión no es una acción, carece de sentido hablar de "la" omisión. Por el contrario, una acción puede tener el significado de distintas omisiones. Cada una de éstas es, a su vez, sólo la omisión de una determinada acción. Por la vía de regresar al hotel, Pablo no omite sin más, sino que omite rescatar a su hijo, terminar el cuadro, recolectar conchas, etc. De ahí que, en relación con lo señalado por Welzel, ontológicamente sólo se deja afirmar lo siguiente: la omisión de una acción no es idéntica a *esa* acción. Quien regresa a casa no saca a un niño del agua durante ese lapso. Y esto es un descubrimiento que no parece ser especialmente interesante.

2.2 En contraposición a lo anterior, Gustav Radbruch admite la posibilidad de que aquél que omite algo se comporte de manera distinta. Pero Radbruch niega al mismo tiempo que dicho comportamiento tenga alguna relevancia para el concepto de omisión. El comportamiento se agotaría más bien en la negación de una determinada acción, la omisión sería así un simple nullum[3]. Con ello, Radbruch afirma, en primer lugar, que una omisión puede determinarse por medio de la supresión mental de aquello que el omitente efectivamente hace y, en segundo lugar, que la omisión sería en sí misma una mera nada.

Esta tesis es desconcertante. Que aquel que omite algo se comporte al mismo tiempo de una manera distinta no sólo es posible, sino además necesario. Pero entonces ¿cómo podría el comportamiento efectivo de una persona, que necesariamente condiciona toda omisión vinculada con el mismo, carecer de relevancia para el concepto de omisión? El mundo de Radbruch es un mundo de espacios vacíos. Es un mundo donde un estado de cosas, el comportamiento efectivo de una persona, puede resultar suprimido mentalmente sin que sea reemplazado por otro comportamiento. Un mundo así es apenas concebible.

Si se afirma que Pablo omitió rescatar a su hijo, entonces Pablo debe existir. De otro modo, la afirmación no tendría sentido. Si Pablo hubo de omitir algo, entonces él debe existir en el mundo y, en tal medida, haberse comportado de alguna manera. Es este comportamiento efectivo lo que constituye el sustrato de la

3. Radbruch, D*er Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrecht*, 1903, p. 137.

afirmación de que Pablo omitió rescatar a su hijo. De ahí que para comprender adecuadamente en qué consiste omitir una acción, es necesario proceder precisamente de modo inverso a como lo hace Radbruch: la acción ejecutada en lugar de la omitida no debe ser suprimida mentalmente; más bien, ambas deben ser puestas en relación. En otras palabras: el actuar omitido por una persona debe ser concebido como alternativa a su actuar efectivo.

2.3. Es necesario examinar con mayor detención el modo en que semejante alternativa debe ser entendida[4]. Para ello es necesario introducir una serie de conceptos más básicos, entre los cuales destaca, en primer lugar, el de estado de cosas, el cual, a su vez, resulta determinado por referencia al tiempo y al espacio. En la presente exposición, empero, dicho concepto tendrá que ser utilizado con cierto candor.

Un estado de cosas es un fragmento espacial y temporal de un mundo. Si afirmamos que José demolió su casa y, en su lugar, construyó una nueva, el lugar donde se encontraba la antigua casa y ahora se ubica la nueva corresponde a la posición espacial de aquel estado de cosas en el mundo, consistente en la demolición de la antigua casa y la construcción de la nueva. Por su parte, el lapso transcurrido entre la demolición de la antigua casa y la finalización de la nueva corresponde a la extensión temporal de dicho estado de cosas en el mundo. El mundo que habitamos consiste en la totalidad de los estados de cosas que han tenido lugar en el tiempo y el espacio. Un estado de cosas que ha tenido lugar en el tiempo y el espacio puede denominarse "hecho". En este sentido, la realidad es un mundo de hechos.

Pero la concepción del mundo propia del jurista no se encuentra sólo referida a la realidad. Antes bien, el jurista confronta el mundo real con otros mundos posibles. Así, por ejemplo, al hacer referencia a un daño pone en relación un estado de cosas efectivamente acaecido con otro que podría haber acaecido en su lugar, tanto temporal como espacialmente. Posteriormente, compara valorativamente el estado de cosas real con el estado de cosas posible, valorando de peor forma el primero. En tal medida, el objeto del pensamiento jurídico queda constituido por diversos mundos posibles de los cuales el mundo real representa sólo una variante más. Por esta razón, en lo que sigue, no hablaré "del" mundo, sino de estados de cosas en "un" mundo.

Considérense los estados de cosas e1 y e2. Si e1 y e2 ocupan una misma posición temporal en un mundo, entonces ambos son simultáneos. Si ocupan una

4. Sobre esto último y lo que sigue, fundamental, Rödig, *Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz*, 1969, pp. 16 y ss., y 77 y ss.

misma posición espacial en un mundo, entonces ambos tienen la misma ubicación. Lo mismo vale, tratándose de formas de comportamiento, en relación con el cuerpo de una persona. Si e1 y e2 son simultáneos y tienen la misma ubicación, entonces son estados de cosas congruentes. Si e1 y e2 son congruentes y tienen lugar en un mismo mundo, entonces ambos son idénticos. Ahora bien, supongamos que e1 y e2 son congruentes pero pertenecen a mundos diferentes. Ambos pueden ser iguales o distintos. Si son congruentes pero distintos, entonces cabe llamarlos "estados de cosas alternativos". Un ejemplo: si e1 consiste en que Pablo pinta un cuadro durante un determinado lapso de tiempo y e2 consiste en que Pablo, durante ese mismo lapso, recolecta conchas en la playa, entonces ambos estados de cosas son alternativos.

De lo anterior se obtiene la siguiente definición: el estado de cosas e1 constituye una alternativa frente al estado de cosas e2, si e1 y e2 son congruentes pero diferentes entre sí. Al no ser idénticas, las alternativas necesariamente pertenecen a mundos distintos. El número de alternativas corresponde al número de mundos posibles. Así, un estado de cosas e3, consistente en que Pablo rescata a su hijo del agua, también sería posible en el ejemplo anterior. En síntesis: las alternativas son estados de cosas congruentes que son posibles y excluyentes entre sí. Pablo sólo puede, al mismo tiempo, o bien pintar un cuadro, o bien recolectar conchas, o bien salvar a su hijo.

2.4. Apliquemos las reflexiones anteriores a las acciones. Para ello basta con adoptar un concepto puramente formal de acción construido sobre el concepto de comportamiento[5]. Por "comportamiento" cabe entender la existencia del cuerpo de una y la misma persona entre dos instantes. En otras palabras, una persona se comporta ininterrumpidamente durante toda su vida. Cada fragmento temporal de su curso vital constituye un comportamiento. De ahí que una persona siempre se comporte, con independencia de si recolecta conchas, pinta un cuadro o se duerme durante una conferencia sobre el concepto de comportamiento humano. Siendo un evento con extensión espacio-temporal, un comportamiento es también un estado de cosas.

Si existe la posibilidad de que una persona, en un determinado momento y en un determinado lugar, se comporte de una manera distinta a como efectivamente lo hace, entonces dicha persona cuenta con una alternativa de comportamiento. El conjunto de alternativas de comportamiento que una persona puede adoptar en un determinado momento puede ser designado como el

5. Al respecto, detalladamente, Kindhäuser, "Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs", *ZIS* 2016, p. 573, pp. 584 y s., con más referencias.

espacio-de-juego-de-comportamientos de esa persona en dicho momento. Pueden pertenecer al espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona en el momento t, formas de comportamiento tales como recolectar conchas o pintar un cuadro.

Si en un determinado momento, una persona está en condiciones de adoptar al menos una alternativa de comportamiento en lugar de ejecutar el comportamiento efectivamente realizado, entonces cabe llamar a dicho comportamiento "acción". Con arreglo a esta definición, una acción es un comportamiento que descansa sobre una decisión (realizada) en contra de, al menos, una alternativa de comportamiento. De ahí que toda acción sea un comportamiento, mas no todo comportamiento sea una acción. Puesto que durante el sueño no es posible decidirse por un comportamiento alternativo, quien duerme profundamente se comporta de una determinada manera, mas no actúa.

Con la ayuda del concepto analítico de acción aquí propuesto, es posible definir también los conceptos de actuar y omitir. Quien encontrándose entre al menos dos alternativas de comportamiento se decide por un determinado comportamiento y, por ende, actúa, omite el comportamiento alternativo. A modo de ejemplo: si en una determinada situación, tanto recolectar conchas en la playa como pintar un cuadro pertenecen al mismo espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona, entonces esa persona omite recoger conchas si, y en la medida en que, pinta un cuadro –y viceversa–. Una omisión no es entonces un no-actuar, ni menos un nullum, sino un comportamiento que resulta caracterizado por la no-adopción de una alternativa de comportamiento. En el caso de la confección del cuadro, omitir recolectar conchas ciertamente puede llegar a tener lugar de manera activa.

Con ello, toda decisión (realizada) a favor de una omisión implica una decisión (realizada) a favor de una acción, y toda decisión (realizada) a favor de una acción implica una decisión (realizada) a favor de una omisión. Formulado en otros términos: una acción es tal sólo en relación con una alternativa de comportamiento no adoptada, y una omisión es tal sólo en relación con una alternativa de comportamiento adoptada. O nuevamente en otros términos: la omisión de una acción es una omisión sólo en relación con esa acción específica; como tal, ella es una acción.

3. Causalidad jurídica

3.1. Interrumpamos nuestras reflexiones un momento para dedicar algunas líneas al análisis de la noción de causalidad jurídicamente relevante. En Alemania,

tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante entienden la causalidad en el sentido de la así llamada teoría de la equivalencia.[6] En tal medida, toda condición necesaria de un resultado es vista como causa del mismo. Para la identificación de condiciones necesarias se utiliza la así llamada fórmula de la condición sine qua non, en los siguientes términos: causa de un resultado es toda acción que no admite ser mentalmente suprimida sin que desaparezca el resultado.

Aquí se puede dejar a un lado la pregunta de si por causa cabe entender una condición necesaria o una condición suficiente[7]. Problemático es, más bien, que la causalidad deba ser establecida con arreglo a una mera supresión mental. Como quedó demostrado en el caso de la omisión, no es posible simplemente suprimir mentalmente un hecho del mundo sin que este último, cual castillo de naipes al que se le quita una de sus cartas, se desmorone por completo. De ahí que un análisis causal que descansa sobre el método de la supresión mental conduzca necesariamente a confusiones.

Un ejemplo: Pedro y Pablo disparan contra Ricardo, independientemente el uno del otro, pero casi simultáneamente. La bala de Pedro impacta en el pecho de Ricardo y éste se desploma. Pablo, por su parte, dispara apuntando hacia la cabeza de Ricardo. Si Ricardo no se hubiese desplomado algunos segundos antes, el disparo de Pablo lo habría alcanzado mortalmente. Dado que Pablo erró el blanco, su disparo no fue una condición necesaria de la muerte de Ricardo y, en tal medida, tampoco una causa de la misma. Esto es claro e inequívoco.

Mucho menos claro, en cambio, es cómo debiera ser valorado el disparo de Pedro. Una concepción extendida en la ciencia jurídico-penal no se toma en serio el método de la supresión mental y coloca en el lugar del disparo suprimido mentalmente el suceso que habría tenido lugar con toda probabilidad[8]. Esto sig-

6. Cfr. solamente RGSt 1, 373; BGHSt 45, 270 (294 y s.); 49, 1 (3); v. Buri, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 1, p. 3; Frisch, "Die conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?", en Dölling/Erb (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002, p. 51; Maiwald, *Kausalität und Strafrecht*, 1980, pp. 3 y ss.; Toepel, "Hinreichende Mindestbedingung", en Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 289.

7. Cfr. al respecto, Hruschka, "Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", *ZStW* 1998 (110), p. 581; Kindhäuser, *ZIS* 2016, p. 573.

8. Por ejemplo, Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pp. 15 y s.

nifica lo siguiente: si Pedro no hubiese disparado, entonces el disparo de Pablo habría impactado con toda probabilidad en la cabeza de Ricardo. La muerte habría acaecido en el mismo instante. Pues si bien el disparo de Pedro se produjo unos segundos antes que el de Pablo, la lesión en la cabeza habría conducido más rápidamente a la muerte que la lesión en el corazón. Bajo estos presupuestos, cabría negar que el disparo de Pedro representó una condición necesaria de la muerte de Ricardo y, en tal medida, una causa de la misma. Ricardo habría muerto en el mismo instante si Pedro no hubiese disparado. Pero no es necesario indagar mucho más en el asunto, para advertir que esta conclusión es evidentemente falsa. En atención a los hechos, sabemos que el disparo de Pedro alcanzó mortalmente a Ricardo.

En pos de evitar resultados como éste, la concepción contraria insiste en el tenor literal de la fórmula de la condicio sine qua non y no coloca nada en el lugar de aquello que ha sido mentalmente suprimido[9]. De acuerdo con esta concepción, el espacio mentalmente suprimido ha de permanecer vacío. Dado que se trataría de una "causa de reemplazo", el disparo de Pablo no debe ocupar dicho espacio. De ahí que, si se busca comprobar si el disparo de Pedro fue causal para el resultado, entonces dicho disparo debe suprimirse mentalmente sin que, a su vez, se introduzca mentalmente alguna otra acción en el espacio correspondiente. Puesto que estados de cosas que no han tenido lugar no deben ser incorporados en una descripción correcta del mundo real, esta aproximación es plausible. Efectivamente, el disparo de Pablo no alcanzó a Ricardo. Pero ciertamente tampoco se formula una descripción correcta de la realidad, si estados de cosas que han tenido lugar son negados. La suposición de que Pablo no ha disparado es falsa y, por ende, contradice los hechos.

En consecuencia, con la mera supresión mental hipotética no es posible obtener nuevo conocimiento. Si la descripción de un hecho es verdadera, entonces la negación de esa descripción es igualmente verdadera si se suprime mentalmente el hecho descrito. Si es verdad que el disparo de Pedro alcanzó mortalmente a Ricardo, entonces también es verdad que el disparo de Pedro no habría alcanzado mortalmente a Ricardo si Pedro no hubiese disparado. Esto es una deducción lógica, no una observación científico-experimental acerca de relaciones causales.

Metodológicamente, el proceso de mera supresión mental de hechos de la realidad es incorrecto ya en su propia base. En el mundo real, todo está relacionado

9. Fundamentalmente, Spendel, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, pp. 14, 38, 92 y passim.

con todo. Si suprimimos mentalmente algo perteneciente a ese entramado de relaciones, nuestras afirmaciones acerca del mundo real dejan de ser correctas.

3.2. En atención a lo anterior, podría uno preguntarse por qué la supresión mental ha podido siquiera llegar a tener sentido como método para los juristas. Si sabemos que una persona ha envenenado a otra, ¿por qué debemos averiguar si la acción en cuestión fue una causa del resultado por medio de su supresión mental? Son los científicos y los médicos quienes, echando mano a las leyes naturales pertinentes, nos proveen la respuesta. Si sabemos que el polvo blanco que Juan vertió en el café de José es un poderoso veneno, entonces sabemos que la muerte de José fue causada por ese veneno. Por el contrario, si no sabemos cuál es la composición química del polvo, podremos suprimir mentalmente el vertimiento del mismo tantas veces como queramos sin que lleguemos a averiguar si aquello fue la causa de la muerte o no. El proceso de supresión mental parece ser no sólo metodológicamente incorrecto, sino además, y en atención a la obtención de nuevo conocimiento, derechamente superfluo.

Ello explica que el proceso de supresión mental tenga otro propósito, a saber: servir a la identificación de una condición particular de un resultado dentro de la miríada de condiciones del mismo. Eso es precisamente de lo que se trata en el derecho. Al jurista le compete dar respuesta a la pregunta acerca de si a una determinada acción le pueden ser asociadas determinadas consecuencias jurídicas.

A este respecto, considérese otro ejemplo: en medio de una pelea, el forzudo Hugo arroja al enclenque Diego desde un balcón situado a diez metros de altura. Diego cae violentamente sobre Ramón, quien, producto del golpe, sufre una fractura cervical y fallece. Si consideramos con mayor detención la relación entre la caída de Diego y la muerte de Ramón, tendría que ser evidente que ambos estados de cosas están relacionados entre sí con arreglo a leyes naturales. También los defensores del método de la supresión mental sin sustitución están obligados a afirmar la causalidad: de suprimirse mentalmente la caída de Diego, la afirmación según la cual Diego cayó sobre Ramón y éste sufrió una fractura cervical, deja de ser una descripción verdadera de lo sucedido.

¿Pero podemos decir también que Diego causó la muerte de Ramón? Si en lugar de Diego hubiese sido una mesa aquello que Hugo hubiese arrojado desde el balcón y hubiese caído sobre Ramón, nadie diría que la mesa causó la muerte de Ramón. Causante sería únicamente Hugo. ¿Por qué esto tendría que ser distinto si lo arrojado por Hugo no es una mesa, sino Diego?

En atención a lo afirmado hasta aquí, la respuesta es fácil de advertir: el jurista no considera el curso del mundo de manera unidimensional, sino como una secuencia de decisiones jurídicamente relevantes entre alternativas de

comportamiento. El derecho es un orden existente entre seres humanos que pueden y deben decidirse entre alternativas. Cada decisión a favor de un comportamiento es necesariamente una

decisión en contra de más o menos alternativas de comportamiento. Las normas del derecho son razones para adoptar decisiones. Si el comportamiento humano no fuese considerado bajo la hipótesis de una posible alternativa de comportamiento conforme a normas jurídicas, sino sólo de forma unidimensional como comportamiento determinado, entonces sería impensable no sólo un derecho penal cuya función es imputar responsabilidad, sino también el derecho mismo.

3.3. En consecuencia, una noción de causalidad de acciones que sea jurídicamente relevante tiene que clarificar si, en caso de haberse adoptado una posible alternativa de comportamiento, un determinado resultado habría igualmente acaecido o no. En esa medida, se plantea la pregunta, sub specie pregunta de causalidad, por aquello que es todavía desconocido, a saber: ¿qué habría sucedido si…?", o más exactamente, ¿qué habría sucedido si se hubiese adoptado una alternativa de comportamiento?

Para dar respuesta a esta pregunta es necesario, en primer lugar, evitar el error fundamental de la fórmula de la condicio sine qua non. Nada debe ser suprimido mentalmente en la realidad. Antes bien, lo que se requiere es pensar en términos de alternativas. Al curso del mundo real cabe contraponer un curso de sucesos congruente perteneciente a un mundo posible. Aquí pensamos en un mundo posible que es idéntico al mundo real, salvo por la circunstancia de que colocamos una alternativa de comportamiento en el lugar del comportamiento efectivamente realizado.

Si en el mundo posible dejásemos el lugar del comportamiento real desocupado, entonces los elementos del mundo alternativo no serían congruentes con los del mundo real. De este modo, el experimento mental no podría proveernos información alguna acerca de cursos alternativos bajo las condiciones del mundo real. Por el contrario, el experimento mental sólo puede conducir a la adquisición realista de conocimiento si en el lugar del comportamiento real colocamos una alternativa de comportamiento congruente. En otras palabras, la alternativa de comportamiento ha de pertenecer al espacio-de-juego-de-comportamientos del comportamiento efectivo.

Paralelamente, en el mundo posible el lugar del resultado efectivamente acaecido no puede ser ocupado por un estado de cosas cualquiera. Lo que cabe comprobar, más bien, es si los elementos del estado de cosas real se dejan combinar de otra manera. Aquí el resultado alternativo perteneciente al mundo hipotético

y el resultado efectivo perteneciente al mundo real deben ser congruentes en referencia a sus respectivas posiciones en el espacio y en el tiempo. En lo restante, todas las condiciones del mundo hipotético deben corresponderse estrictamente con las condiciones del mundo real. Así, el resultado efectivo y el alternativo no pueden acaecer conjuntamente en uno y el mismo mundo. En lo relativo a su existencia, ambos se excluyen entre sí. El conjunto de resultados alternativos no se encuentra per se restringido, sino que depende del número de mundos alternativos posibles.

Desde una perspectiva jurídico-penal, el resultado alternativo relevante se determina en atención al resultado efectivo, en particular en atención a los factores que caracterizan a este último como resultado típico. Tratándose de un daño patrimonial, el resultado alternativo consistiría en que el patrimonio no se encuentre disminuido y, tratándose de lesiones corporales, el resultado alternativo consistiría en un estado somático sin menoscabo del bienestar corporal.

En lo tocante a nuestro ejemplo, a partir de las reflexiones anteriores es posible advertir sin mayor dificultad por qué Diego no causó en sentido jurídico la muerte de Ramón. Frente a su comportamiento no existía comportamiento alternativo alguno en virtud de cuya realización el resultado de muerte no hubiese acaecido en un mundo posible. De ello se sigue la siguiente definición de la causalidad de acciones jurídicamente relevante: ha causado un determinado resultado quien ha podido comportarse de una manera tal que, en lugar de dicho resultado, habría acaecido un resultado alternativo.

4. Causalidad de la omisión

De acuerdo con esta definición, la causalidad de la omisión debe determinarse con arreglo a los mismos criterios que la causalidad de la acción. Si acción y omisión constituyen alternativas pertenecientes a un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos, de modo tal que un comportamiento debe ser visto como causa de un resultado, esto es, si en virtud de la adopción de una alternativa de comportamiento un resultado alternativo habría acaecido, entonces todo nexo causal descansa sobre una relación entre un curso de sucesos real y uno hipotético.

Si, en el ejemplo presentado al comienzo, pintar el cuadro cuenta como omitir rescatar al niño y rescatar al niño cuenta como omitir pintar el cuadro, Pablo ha causado, en primer lugar, la realización completa del cuadro, dado que, de haber alternativamente rescatado al niño, el resultado alternativo consistente en que el niño todavía se encuentra con vida habría acaecido, y, en segundo lugar,

ha causado la muerte del niño, dado que en caso de que alternativamente hubiese pintado el cuadro, el resultado alternativo consistente en que el cuadro se encuentra finalizado habría acaecido.

Si la causalidad de comportamientos se fundamenta con arreglo a una estructura de pensamiento construida sobre alternativas, entonces se vuelve evidente que la diferencia entre comisión (activa) y omisión es mucho menos intrincada de lo que tradicionalmente se ha creído. Ciertamente, en el caso de la comisión (activa) el nexo entre el comportamiento y el resultado efectivamente ha tenido lugar, mientras que el nexo entre el comportamiento alternativo y el resultado alternativo es sólo hipotético. Esto significa que este último nexo debe ser asumido sólo en función de su mayor o menor probabilidad. Pero aquí no debe pasarse por alto que para el establecimiento de la causalidad en los delitos de comisión (activa) también nos apoyamos en hipótesis cuya verificación no puede ser menos compleja.

Considérese el siguiente ejemplo: producto de haber sufrido una herida mortal, Rodrigo es ingresado a la sala de cirugía de un servicio de urgencias. Quien realiza la operación es el médico Antonio. Rodrigo fallece. Que la muerte de Rodrigo y la operación se encuentran vinculadas con arreglo a leyes naturales es evidente. ¿Ha causado Antonio la muerte de Rodrigo? Si la respuesta es afirmativa, la muerte tendría que no haber acaecido en caso de que se hubiese ejecutado un comportamiento alternativo. Ciertamente, una hipótesis como ésa no tendría por qué ser más fácil de verificar que la hipótesis de que el hijo de Pablo no habría muerto por inmersión si hubiese sido rescatado del agua a tiempo.

5. Perspectiva

Con mis reflexiones, que dedico a Santiago Mir Puig expresando un elevado aprecio por su obra jurídico-filosófica y dogmática, he querido mostrar ejemplarmente que el modo de pensar jurídico es un modo basado en alternativas. En particular, todas las figuras de imputación del derecho penal son construcciones basadas en alternativas. Aquello que ha sucedido debe ser juzgado siempre sobre el trasfondo de mundos alternativos posibles.

Bibliografía

ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

FRISCH, "Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?", en: Dölling/Erb (eds.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002.

HRUSCHKA, "Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", ZStW 1998 (110).

KINDHÄUSER, "Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs", ZIS 2016.

MAIWALD, *Kausalität und Strafrecht*, 1980.

RADBRUCH, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrecht, 1903.

RÖDIG, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969.

SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948.

TOEPEL, „Hinreichende Mindestbedingung", en: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (eds.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011.

v. BURI, Ueber Causalität und deren Verantwortung, 1873.

WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Da culpa ao nexo causal: o caráter valorativo do juízo de causalidade e as (de) limitações da responsabilidade objetiva, de Tiago Bitencourt de David – *RDCC* 17/87-104 (DTR\2018\22651);
- Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no RESP 1.094.758, de Gustavo de Oliveira Quandt – *RBCCrim* 106/297-326 (DTR\2014\302); e
- Relação de causalidade e imputação objetiva do resultado, de Danielle Souza de Andrade e Silva – *RBCCrim* 43/109-128 (DTR\2003\186)

"E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro

"If your refrigerator could testify against you in the Court?": Internet of Things and evidence in the Brazilian criminal proceedings

Guilherme Machado de Castilhos

Professor Titular da Faculdade de Tecnologia – FTEC. Doutor em Ciência da Computação (2017). Mestre em Ciência da Computação (2013). Engenheiro da Computação (2011). ORCID https://orcid.org/0000-0002-9372-9030. guilhermecastilhos@gmail.com

Roberta Eggert Poll

Doutoranda em Direito pela PUC-RS (2019). Mestra em Ciências Criminais pela PUC-RS (2018). Especialista em Direito Público pela UNESA (2013). Bacharela em Direito pela UNESA (2010). Advogada Criminalista. ORCID.https://orcid.org/0000-0002-0667-2962 roberta.poll@hotmail.com

Aline Pires de Souza Machado de Castilhos

Mestra em Ciências Criminais pela PUC-RS (2018). Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS (2013). Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura (2005). Bacharela em Direito pela PUC-RS (2004). Auxiliar de juiz do TJRS junto à 10ª Vara Criminal de Porto Alegre. ORCID https://orcid.org/0000-0002-1334-8255. alinepirescastilhos@gmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 03.06.2019
Última versão dos autores: 24.06.2019

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: O presente ensaio visa a analisar as mudanças ocorridas na sociedade informacional com o surgimento da Internet das Coisas. O tema do artigo é a verificação da legitimidade e da legalidade da Internet das Coisas como meio de obtenção de prova no Processo Penal brasileiro. A hipótese de pesquisa gira em torno da questão relativa à utilização de dispositivos conectados à internet e que interagem com seus proprietários, os quais conseguem obedecer aos seus comandos de voz, toque etc., mas também logram a coleta de dados, que podem ser usados contra o usuário em eventual procedimento criminal. O método de abordagem será o dialético-dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Destarte, em primeiro, propõe, o presente artigo, uma leitura sobre o testemunho de dispositivos inteligentes: a coleta de dados por meio da Internet das Coisas para, ao depois, analisar-se a questão da legalidade da utilização da internet das coisas como prova no processo penal e, por último, verificar a necessidade de regulamentação dos mecanismos informáticos no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Era informacional – Dispositivos inteligentes – Coleta de provas – Legalidade e legitimidade.

Abstract: The present essay aims to analyze the changes occurred in the information society with the emergence of the Internet of Things. The theme of the article is the verification of the legitimacy and legality of the Internet of Things as a means of obtaining evidence in the Brazilian Criminal Procedure. The research hypothesis revolves around the question of using devices connected to the Internet and interacting with their owners, who are able to obey their voice, touch etc. commands, but also collect data, which can be used against the user in eventual criminal proceedings. The method of approach will be the dialectic-deductive, adopting as a bibliographical procedure. First, this article proposes a reading about the testimony of intelligent devices: the collection of data through the Internet of Things and, afterwards, analyze the question of the legality of using the Internet of things as evidence in criminal proceedings, and finally to verify the need for regulation of computer mechanisms in the Brazilian legal system.

Keywords: Computer age – Smart devices – Collection of evidence – Legality and legitimacy.

Sumário: Introdução. 1. Testemunho de dispositivos inteligentes: a coleta de dados por meio da Internet das Coisas. 2. A legalidade da utilização da Internet das Coisas como prova no processo penal. 3. A necessidade de regulamentação dos mecanismos informáticos no sistema jurídico brasileiro. Considerações finais. Referências.

Introdução

O século XXI é notoriamente demarcado por concepções teóricas de Estado, que convergem para uma visão cada vez mais intervencionista, punitivista e controladora. Essa visão vem sendo assentada, a partir de uma análise econômica e mercadológica do Processo Penal, que tem como marco axiológico normas voltadas à contenção da criminalidade em massa. Por outro lado, mudanças estruturais na sociedade globalizada, acabam por implicar uma gama de novos conflitos

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

sociais, motivo pelo qual geram, concomitantemente, uma criminalidade diferenciada, modernizada e informacional, não adequada à dogmática penal tradicional e, portanto, carente de uma estratégia punitiva eficaz, eis que o moderno Direito Penal não logrou antecipar seus efeitos.

Dentro dessas mudanças comportamentais da sociedade contemporânea, encontra-se o período denominado de Era da informação (sociedade informacional) como sendo aquele surgido depois do período da Era industrial, na década de 80 do século passado, com as invenções do microprocessador, da rede mundial de computadores, da fibra ótica e do computador pessoal[1].

A sociedade informacional passou a exigir o conhecimento como um recurso, uma condição de produtividade, já que os cientistas passaram a necessitar cada vez mais de informação com rapidez, com qualidade e com exatidão.

A partir destas premissas questiona-se: como compatibilizar a Internet das Coisas[2] com a legalidade e legitimidade da obtenção das provas no Processo Penal brasileiro?

Pretende-se, assim, analisar a problemática, não tão distante, de utilização de dispositivos conectados à internet e que interagem com seus proprietários, os quais conseguem obedecer aos seus comandos de voz, toque etc., mas que também são capazes de coletar dados, os quais podem ser usados contra o usuário em eventual procedimento criminal.

1. Há outra visão antropológica que entende que a sociedade da informação é sinônimo de sociedade pós-industrial, na qual se atribui ao Direito a característica de analisar não somente o direito adaptado ao serviço dos meios eletrônicos, mas toda realidade jurídica afetada pela sociedade pós-industrial. A tecnologia eletrônica é apenas uma pequena parte desse universo jurídico reorganizado por outras imposições econômicas, filosóficas, políticas etc. Nesse sentido: BARROS, Marco Antonio; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no processo penal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 117, jan.-mar. 2006.
2. O termo "Internet das Coisas" é um conceito tecnológico em que todos os objetos da vida cotidiana estariam conectados à internet, agindo de modo inteligente e sensorial. Também conhecida por IoT (*Internet of Things*, em inglês), consiste na ideia da fusão do "mundo real" com o "mundo digital", fazendo com que o indivíduo possa estar em constante comunicação e interação, seja com outras pessoas ou objetos. Eletrodomésticos, carros, *wearables* (dispositivos tecnológicos utilizados como roupa), chaves, mesas, espelhos etc. São inúmeras as possibilidades de anexar a computação em coisas que pertençam ao cotidiano das pessoas. Compare em: SINGER, Talyta. *Tudo conectado*: conceitos e representações da internet das coisas. II Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade. Salvador, 10 e 11 de outubro de 2012.

Fato é que dispositivos inteligentes estão cada vez mais presentes na sociedade moderna, servindo de instrumento probatório e o contemporâneo Processo Penal brasileiro não pode restar alheio à legalidade e à legitimidade na obtenção de tais provas. Além disso, devemos repensar os limites de utilização da Internet das Coisas.

Nessa tolda, para construção do objeto de pesquisa, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos *on-line*, partindo do geral para o particular, permitindo a construção de conclusões. O método empregado será o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter a conclusão; e dialético, dado que objetiva se aproximar das discussões da realidade social, mediante a análise de uma situação concreta. De forma a auxiliar a pesquisa, será utilizado o recurso à legislação, à doutrina e à jurisprudência acerca da matéria objeto do estudo.

A escrita divide-se em três tópicos substanciais para estabelecer uma compreensão geral e interdisciplinar do conteúdo proposto, quais sejam: testemunho de dispositivos inteligentes – a coleta de dados por meio da Internet das Coisas; a legalidade da utilização da Internet das Coisas como prova no processo penal; e a necessidade de regulamentação dos mecanismos informáticos no sistema jurídico brasileiro.

1. Testemunho de dispositivos inteligentes: a coleta de dados por meio da Internet das Coisas

Em meados de 1940, surge uma nova tecnologia associada ao conceito de IoT (*Internet of Things* – Internet das Coisas), que recebeu a denominação de RFID (*Radio Frequency Identification* – Identificação por Radiofrequência). Tratava-se de *transponders* – equipamentos de aviões que enviavam, por radiofrequência, uma identificação única. Sua função? Identificar outros aviões ao redor, aumentando a precisão das manobras e dos contra-ataques, evitando, ainda, colisões. Em uma primeira análise, o exemplo pode parecer deveras ultrapassado, no entanto, tal tecnologia, desenvolvida no século passado, é utilizada ainda nos dias atuais, seja em crachás, seja em veículos ou até mesmo nos produtos de supermercados, substituindo variados tipos de identificação como o código de barras – tão presente na vida dos cidadãos de todo mundo[3].

3. OLIVEIRA, Sérgio. *Internet das Coisas com ESP8266, Arduino e Raspberry Pi*. São Paulo: Novatec, 2017. p. 17-18.

Do *transponders* até os dias atuais, passaram-se quase 80 (oitenta) anos, mas a busca por novas tecnologias nunca parou. O êxito alcançado foi tão grande que, em outubro de 2018, o Brasil chegou a 233 milhões de celulares, consoante dados coletados pela ANATEL[4].

Sabido é que a rede de computadores e as tecnologias de comunicação desenvolveram-se e se popularizam nas últimas décadas de forma muito ampla. A propagação de dispositivos portáteis, entre os quais se inserem os *notebooks*, os *tablets* e os *smartphones*, sedimentou o que faltava para complementar o cenário de Internet das Coisas. A mobilidade gerada por tais dispositivos diminuiu as noções de tempo e de espaço e permitiu o acesso às informações de qualquer lugar e a qualquer momento[5].

A memória digital, por outro lado, passou a nos possibilitar lembrar de qualquer assunto em qualquer tempo. O gradativo desaparecimento das fronteiras entre vida privada e espaço público passou-se a se fundamentar no desenvolvimento de conteúdos que estão dispostos para serem acessados por qualquer indivíduo, fazendo com que as pessoas permaneçam conectadas sem quaisquer tipos de rupturas espaçotemporais. É nesse contexto que a sociedade acaba por se inserir em uma realidade irreversível – um tipo de interface comunicacional entre indivíduos, máquinas e objetos –, revolucionando as formas de produção, de reprodução e do uso do conhecimento[6].

Ocorre que a possibilidade de obtenção imediata de quaisquer informações implica necessariamente na análise de suas consequências no cenário jurídico brasileiro. Embora bem aceita nas relações sociais comuns do indivíduo, a Internet das Coisas ainda não sedimentou suas raízes simplificadoras e úteis nos procedimentos que correm dia a dia nos juízos singulares ou nos diversos Tribunais espalhados pelo país. Conquanto já seja aceita a interposição de recursos e petições pela *internet*, bem como a realização de videoconferências e telessessões, como o tele-interrogatório[7], não há debates densos a respeito da obtenção de provas por meio da Internet das Coisas.

4. Dados disponíveis em: [www.teleco.com.br/ncel.asp]. Acesso em: 20.12.2018.
5. VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996. p. 32.
6. ZUIN, Vânia Gomes; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. A formação no tempo e no espaço da internet das coisas. *Educ. Soc. Campinas*, Campinas, ano 37, n. 136, p. 759, jul.-set. 2016.
7. O interrogatório do réu por meio da videoconferência é a forma de produção eletrônica de ato processual mais combatida e criticada por grande parte da literatura especializada.

Também não se encontram estudos que analisem a legalidade e a legitimidade na aquisição de tal conteúdo probatório, se que é podemos chamar "isso" de prova.

Não obstante, dispositivos inteligentes estão se tornando uma nova espécie de prova e "testemunho". A uma primeira leitura, pode até parecer estranho aos olhos do leitor, no entanto, se analisarmos a fundo alguns exemplos próprios da Internet das Coisas, compreenderemos "o buraco sem fundo" que a presente temática apresenta.

Assim, passa-se à análise de alguns episódios que podem auxiliar na compreensão do tema.

Um renomado advogado criminalista acaba de informar ao seu cliente que surgiu uma nova testemunha contra ele, qual seja, sua geladeira. Dados coletados da geladeira por investigadores apontam que o cliente estava em casa na hora do homicídio praticado diante de sua mulher. De início, pode até parecer uma previsão futurística ou até mesmo uma piada, todavia, trata-se de um exemplo atual trazido durante a *ABA Techshow* 2018[8].

O advogado Robert Ambrogi (blogueiro de tecnologia jurídica do *LawSites*)[9] aponta outros diversos exemplos de casos da vida real em que a Internet das Coisas exerceu influência decisiva no julgamento pelas Cortes Estadunidenses. Em um desses exemplos, Ambrogi cita recente episódio de homicídio ocorrido em Wisconsin (Estados Unidos da América).

A vítima era Nicole Vander Heyden e seu namorado foi desde o começo o principal suspeito do crime. Contudo, depois de a polícia realizar uma coleta de dados de seu *Fitbit*[10], os investigadores afastaram as suspeitas contra ele. George Burch, todavia, tornou-se o novo suspeito, na medida em que os policiais

---

Há quem defenda um conflito com a regra do art. 185, § 1º, do CPP, segundo a qual o interrogatório do acusado preso deve ser feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e de auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Nesse sentido: BARROS, Marco Antonio; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no processo penal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 110, jan.-mar. 2006.

8. O material está disponível em: [www.techshow.com/materials/2018-conference-materials/]. Acesso em: 20.12. 2018.
9. Os exemplos estão disponíveis em: [www.lawsitesblog.com/]. Acesso em: 20.12.2018.
10. O *Fitbit* é uma pulseira eletrônica que monitora atividade física, analisa a qualidade do sono, conta o número de passos, calcula as calorias diárias consumidas, ou seja, mostra a evolução do usuário ao longo do dia.

extraíram dados de seu *Google Dashboard*[11], que o colocaram no local e no horário do homicídio perpetrado. Também foi possível acessar o seu histórico de pesquisa na *internet*, o qual apontou que George havia acessado mais de 60 (sessenta) notícias acerca da morte de Nicole. Por fim, Nicole utilizava os serviços do *Snapshot* – uma ferramenta de sua empresa de seguros que rastreia os movimentos do carro para dar descontos a bons motoristas – e, com essa informação, os investigadores ainda coletaram dados sobre os movimentos do carro da vítima e outras informações que ajudaram a esclarecer o caso.

Como visto, diversos dispositivos inteligentes foram indispensáveis para a resolução do caso de Wisconsin; caso estes não existissem, teriam os investigadores que trabalhar com provas físicas e/ou documentais dissociadas da Internet das Coisas. Isto poderia significar duas possibilidades: a condenação de um indivíduo inocente ou o arquivamento da investigação por ausência de elementos suficientes (ausência de justa causa). Ambas dissociadas da realidade que se gostaria de ter em um processo penal.

Outros casos também foram apontados por Robert Ambrogi. Entre eles, cita-se um episódio ocorrido no Arkansas (Estados Unidos da América) em que o *Alexa*, um assistente pessoal inteligente que se conecta a dispositivos por comando de voz, "entreouviu um assassinato" no momento em que a vítima estava sendo morta. No Canadá, dados do *Fitbit* também serviram para comprovar se a mobilidade e a qualidade de vida do autor de uma ação indenizatória foram impactadas negativamente por um acidente de carro.

Em um caso de ação indenizatória, ocorrido em 2017, a fabricante do *We-Vibe* teve de pagar uma indenização de US$ 3,75 milhões de dólares canadenses às autoras de uma ação coletiva. O *We-Vibe* é um brinquedo sexual inteligente que excita, ao mesmo tempo, o clitóris e o ponto G, sem impedir a penetração do pênis. Mas o dispositivo também coleta dados das usuárias por um aplicativo de *smartphone*, sem um claro consentimento dos seus consumidores.

Todos esses exemplos, de casos concretos ocorridos nos últimos anos, apontam seguramente que dispositivos inteligentes, conectados à *internet* e a outros

11. O *Google Dashborad* permite que os usuários da Internet visualizem e gerenciem dados pessoais coletados pelo Google Inc. Com uma conta, o *Google Dashboard* permite que os usuários tenham uma visão resumida do Google+, do histórico de localização do Google e do histórico da *web* do Google, Aplicativos do *Google Play*, *YouTube* e muito mais. Uma vez logado, ele resume os dados de cada produto que o usuário usa e fornece *links* diretos para os produtos. O programa permite definir preferências para produtos de conta pessoal.

dispositivos, inexoravelmente, estão se tornando uma nova espécie de provas e de "testemunhos" que chegam aos fóruns criminais e civis todos os dias.

Ocorre que a maioria esmagadora dos consumidores não percebe que seus dados pessoais, patrimoniais e sua vida íntima são coletados pelos dispositivos que incluem carros, monitores de bebês, assistentes digitais, geladeiras, sistemas de iluminação, portas de garagem, televisores, entre tantos outros objetos. Dito de outra forma, os cidadãos são espionados diariamente por meio de seus dispositivos inteligentes e não se dão conta que o conteúdo extraído desses mesmos objetos pode servir de prova em eventual procedimento investigatório.

Vivemos em uma sociedade informacional. Disso não há escapatória. Mas até que ponto se pode aproveitar a contemporânea tecnologia, no processo penal brasileiro, sem ferir as garantias fundamentais do investigado/acusado?

No ponto, percebe-se que a primeira questão a ser encarada por aqueles que se dispõem a pesquisar o processo penal é justamente debater qual o seu fundamento de existência, ou seja, a análise poderia ser resumida na seguinte pergunta: um processo penal, para quê e para quem? E, na busca dessa resposta, nos empresta sabedoria o professor e advogado criminalista Aury Lopes Jr.:

> "Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais."[12]

Verifica-se, assim, que o aparelho estatal de repressão deve ser lido à luz da Constituição Federal, eis que o que precisa ser legitimado e justificado é o poder de punir e não a liberdade individual do investigado/acusado. Desta forma, na medida em que defendemos o ajustamento do processo penal a uma nova realidade tecnológica, não podemos simplesmente ignorar as garantias da ampla defesa, do devido processo legal, do contraditório e a própria dignidade da pessoa humana.

O sistema jurídico penal brasileiro, em nível constitucional, é um sistema coordenado de normas regras e normas princípios, que se traduzem em um conjunto de direitos e garantias fundamentais imprescindíveis para a justa concretização de

12. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31.

um processo penal dito democrático[13]. Notadamente, as leis infraconstitucionais e seus intérpretes[14] devem estrita obediência e conformidade com os postulados constitucionais, na medida em que estes possuem *status* de "lei maior", em razão de sua superioridade formal e substancial em comparação às demais normas.

Como se não bastasse à própria estrutura hierárquica normativa, o artigo 5º, § 1º, da Constituição, assegura a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais nela previstos. Por conseguinte, para que seja autorizada qualquer intervenção nestes direitos, é necessário que o legislador infraconstitucional observe não somente a cláusula de reserva legal, mas também os princípios norteadores do próprio sistema jurídico, para que as novas regras não afrontem os direitos e as garantias já previstos e consolidados, forte no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal[15].

Dentro desta hígida estrutura constitucional é que se insere o mandamento fundamental do devido processo legal, e seus corolários, consubstanciados no direito ao contraditório e na mais ampla defesa do acusado. O devido processo penal constitucional busca realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de isonomia entre os litigantes. O processo justo é aquele que equilibra a relação,

13. O saudoso constitucionalista José Afonso da Silva há muito já nos emprestava sabedoria, referendando, em suas obras, que a democracia é, em verdade, um conceito histórico, ou seja, não é um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais à convivência humana em sociedade, que se traduzem, na justa medida, em direitos fundamentais ao próprio homem, que devem ser compreendidos em sua historicidade, bem como no seu envolvimento social, enriquecendo, desta forma, seu conteúdo em cada etapa da evolução social. Compare em *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 126.

14. O intérprete maior da lei, nesta visão de garantia, são os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – que não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham a sabatina da vontade popular, desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive de validar ou invalidar atos dos demais Poderes. Assim, é possível que um juiz de primeiro grau, sobreponha-se, com sua decisão, a um ato do Presidente da República, sufragado por mais de 40 milhões de votos. A este fenômeno, a doutrina constitucionalista concebe o nome de *dificuldade contramajoritária*. Nesta senda, justamente por atuarem de forma *contramajoritária*, é que devem estrita obediência aos direitos e garantias fundamentais, expressos ou não na Constituição Federal. Veja em LUÍS ROBERTO BARROSO, 2009, p. 338-339.

15. CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. *Ciências Criminais*: temas controvertidos na realidade prática brasileira. Florianópolis: Habitus, 2018. p. 121-122.

que normalmente é marcada por uma desigualdade material, na medida em que o aparelho estatal (promotores e juízes) ocupa uma posição de proeminência em relação ao acusado, respondendo pelas funções acusatórias e pela atuação jurisdicional, sobre o qual exercem monopólio respectivamente. Assim, o acusado/investigado tem a seu favor uma garantia de que, apesar de ocupar posição de desigualdade, não será submetido a processo que não seja devido, forte também no princípio da presunção de inocência[16].

Nesse talante, defende-se uma leitura da Internet das Coisas e das "provas" colhidas sob esse viés, a partir de uma análise garantidora de direitos e de deveres de todas as partes envolvidas na coleta e disponibilização de dados. O investigado/acusado tem a seu favor a cláusula do devido processo legal e o princípio da legalidade, traduzido pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (tradução nossa). Tal axioma é transportado para todos os demais institutos de Direito Penal e Processo Penal. Repita-se: todos! Melhor dizendo, como pretende o órgão acusatório ou até mesmo a autoridade policial se utilizar da Internet das Coisas como "meio de prova" se não há prévia cominação legal?

Contudo, como iremos trabalhar então a questão da legalidade na obtenção dessas provas? De início, faz-se necessário compreender o contexto de surgimento de tais provas para, ao depois, tecer comentários a respeito de sua legalidade – tema que será abordado nos próximos capítulos.

2. A legalidade da utilização da Internet das Coisas como prova no processo penal

A internet nasceu nos Estados Unidos em 1955. A ideia era conectar computadores com o escopo de facilitar a comunicação entre os cientistas americanos que estudavam inteligência artificial. O contexto histórico era o da guerra fria, e, três anos depois, o país desenvolveu a *Advanced Research Projects Agency* – APA, a qual, posteriormente, recebeu o nome de Departamento de Defesa. O objetivo era o de fomentar pesquisas tecnológicas para fins militares[17]. No Brasil, a chegada da internet ocorreu, inicialmente, pela *Bitnet*, uma rede de universidades

16. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

17. HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza. Aspectos da governança da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 213, jan.-jun. 2014.

criada em 1981 e que ligava a Universidade da Cidade de Nova York à Universidade de Yale, em Connecticut[18].

Desde então, as transformações provocadas pela internet nas últimas décadas foram extremamente rápidas; elas reduziram as distâncias e levaram as nossas relações ao espaço cibernético; em redes de relacionamento, pessoas criam laços afetivos e de amizade, trocam informações, dados, fotos, se expõem, e até mesmo cometem crimes[19]. As relações estabelecidas via internet se tornaram tão corriqueiras que a exposição é feita como se tudo não estivesse sendo documentado e pudesse ser resgatado a qualquer momento.

Não há como negar que a sociedade atual não está mais baseada em átomos e sim em *bits*. A tecnologia está em todo lugar. Portamos telefones celulares que são verdadeiros computadores, capazes de registrar sons e imagens e, assim, tornar perpétuas relações sociais com aparência de verdade, as quais, muito dificilmente, podem ser destruídas em um Tribunal. A maneira como nos relacionamos também se modificou e, desta forma, as "provas" são produzidas naturalmente. O aplicativo WhatsApp praticamente substituiu o telefone, igualmente como as nossas memórias, que agora são eternas e podem ser acessadas a todo momento transformando-se em mais um meio de prova.

Em verdade, não estamos muito longe das tecnologias que acessam as memórias de nosso cérebro e que podem ser utilizadas até mesmo em animais, como as descritas no seriado americano *Black Mirror20*.

No entanto, qual o limite da tecnologia? Até onde podemos abrir mão de nossa intimidade a fim de comprovarmos alegações judiciais e assim atingirmos a tão sonhada "verdade real"?

---

18. ARRUDA, Felipe. 20 anos de internet no Brasil: aonde chegamos? *TecMundo*. Disponível em: [www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm]. Acesso em: 20.12. 2018.
19. SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em *sites* de relacionamento e a infiltração de agentes policiais em meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 120, p. 203-235, maio-jun. 2016.
20. Black Mirror é uma série de televisão britânica, exibida pela *Netflix* desde 2015, antológica de ficção científica criada por Charlie Brooker e centrada em temas obscuros e satíricos que examinam a sociedade moderna, particularmente a respeito das consequências imprevistas das novas tecnologias. Os episódios são trabalhos autônomos que, geralmente, se passam em um presente alternativo ou em um futuro próximo. Disponível em: [www.wikipédia.com.br]. Acesso em: 20.12.2018.

Certo é que o ordenamento jurídico criminal não está alheio a todas estas transformações, as quais se refletem, inclusive, na forma como o Estado produz as provas necessárias para fomentar a acusação. Novas formas de criminalidade, surgidas graças aos avanços da tecnologia, requerem novas maneiras de persecução e intervenção estatal. Uma das práticas mais utilizadas, atualmente, é o uso de perfis falsos de usuário (*fake*) pela polícia judiciária para fins de interagir com o investigado e, assim, facilitar a obtenção de provas da possível atividade ilícita perpetrada[21].

O fato é que ausência de regulamentação jurídica e, assim, de limites de controle, baseia nossas relações na internet[22] e na tecnologia. Não sabemos lidar com ela e nem o que esperar do futuro. A tecnologia, atualmente, está sendo amplamente utilizada em nossos Tribunais, sem que se faça uma reflexão à luz dos direitos e das garantias fundamentais estabelecidos em nossa Constituição Federal, especialmente, o direito à não incriminação e à intimidade. Processos judiciais estão repletos de gravações feitas por meio de celulares e *prints* de mensagens de textos e conversas via aplicativo WhatsApp, deixando-se a cargo do bom-senso do magistrado a análise de sua utilização ou não.

Em face da ausência de regras processuais para o uso de tais provas, poder-se-ia concluir que os processos em que se faz uso desse tipo de prova estariam eivados de nulidades das mais diversas ordens. Nesse contexto, mister lembrar que, de forma geral, a maior parte dos sistemas processuais penais abarca um sistema de nulidades. Um ato nulo é um ato processual inválido, declarado juridicamente como ineficaz. Em um sistema acusatório, a rigidez quanto às nulidades é extremamente maior do que em um de natureza inquisitória, em que há uma ilegalidade congênita, já que neste último aplicam-se diversas espécies sanatórias, relativizando o defeito da forma processual, flexibilizando a forma e tendo em vista o aproveitamento máximo dos atos processuais já realizados, ainda que nulos[23]. Todavia, em que pese a prática processual mostre que vivemos sob um sistema inquisitorial, a nossa Constituição Federal prevê um sistema de base

21. SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em *sites* de relacionamento e a infiltração de agentes policiais em meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 120, p. 203, maio-jun. 2016.

22. MORALES PRATS, Fermín. Prólogo à obra de Esther Morón. Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pamplona, n. 1, p. 15, 1999.

23. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: operação lava jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 282, set.-out. 2016.

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

acusatória, o que nos leva para a necessidade de se ter uma previsão legal que regulamente o uso de provas desta natureza.

Outrossim, nossos magistrados possuem conhecimentos técnicos quanto a novas tecnologias, o que acaba levando a determinações judiciais absurdas e que não podem ser cumpridas. Um dos aplicativos mais utilizados pela população em geral é o WhatsApp, sistema de mensagens que passou a embasar boa parte das comunicações da sociedade contemporânea. Tal dispositivo é totalmente seguro para o fim de realizar trocas privadas de mensagens. É possível afirmar que "*for one-to-one communication the Signal key exchange protocol is practically used and cryptographically proven secure*"[24]. Esta é a razão pela qual não é possível interceptar uma conversa via WhatsApp, o que ocorre em razão da natureza de sua criptografia, devendo ser descartada, assim, qualquer ordem judicial para o fim de quebrar o sigilo de comunicações dessa natureza, eis que inócua[25]. No entanto, ainda assim, todos os dias nos deparamos com determinações judiciais inexequíveis, o que se dá por ausência de conhecimento técnico para tanto.

Ademais, o direito à intimidade do internauta choca-se com a necessidade que tem o Estado de garantir a ordem pública, a ponto de parecer que tal direito seria um mero obstáculo à atividade persecutória do Estado e de seus agentes em busca da "verdade real". E ainda questiona-se: seria a intimidade um direito inviolável, assim como o direito a não autoincriminação?

Além da faceta, que podemos chamar de visível da internet, a qual se traduz nas informações que são expostas pelos usuários, temos uma série de dados invisíveis, os quais podem ser acessados pelos provedores, como os conhecidos *cookies*, traduzindo-se em uma invasão direta à intimidade dos usuários.

A atividade investigatória já ocorre na rede e não se pode evitar que isso ocorra; todavia, tanto no espaço virtual como no espaço real, a atividade probatória dos entes públicos não se opera de forma absoluta. A busca da prova deve ocorrer

24. ROSLER, Paul; MAINKA, Christian; SCHWENK, Jork. More is less: on the end-to-end security of group chats in signal, whatsapp, and threema. *3rd IEEE European Symposium on Security and Privacy*, EuroS&P, London, jan. 2018.

25. BELLARE, M.; CANETTI, R.; KRAWCZYK, H. Keying hash functions for message authentication. *Crypto*, 1996. ROSLER, Paul; MAINKA, Christian; SCHWENK, Jork. More is less: on the end-to-end security of group chats in signal, whatsapp, and threema. *3rd IEEE European Symposium on Security and Privacy*, EuroS&P, London, jan. 2018. Whatsapp Security. Disponível em: [www.whatsapp.com/security/]. Acesso em: 22.06.2019. STALLINGS, Wiliam. *Criptografia e segurança de redes* – princípios e práticas. Trad. Daniel Vieira. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. p. 201/207.

respeitando os ditames da lei, no que se incluem as bases constitucionais. Não podemos olvidar que a busca probatória é um valor distinto e totalmente oposto à proibição de utilização de certos meios de provas e que, por assim dizer, taxados como ilícitos[26]. Neste tópico, destaca-se o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual traz como garantia fundamental a impossibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Mas será que não perdemos a noção de ilicitude quando tratamos dos meios virtuais, uma vez que, na prática forense, verificamos a utilização de métodos virtuais de forma ampla?

Nesse viés, vale lembrar que há entendimentos que asseguram ao Delegado de Polícia o poder de invadir dados contidos em aparelhos celulares, bem como as informações contidas no aplicativo WhatsApp, não estão cobertas pelo sigilo e, assim, podem ser acessadas independentemente de autorização judicial[27]. Com base nisso, mister questionarmos: o interlocutor, neste tipo de diálogo, está abrindo mão do seu direito à privacidade? Não seria tal comunicação considerada privada?

Não podemos negar que uma das tarefas mais difíceis dentro do Processo Penal é encontrar o equilíbrio entre a busca da "eficiência" do sistema persecutório e o respeito às garantias fundamentais do acusado, tão necessária para a segurança jurídica e social, e essa tarefa se torna ainda mais delicada quando estamos tratando dos avanços da tecnologia. Essa questão não é um problema exclusivamente brasileiro; muitos países têm dificuldades em estabelecer legislações que respeitem os Direitos Humanos, os Direitos e Garantias Fundamentais, bem como que permitam um persecução penal adequada, sem barrar os avanços da tecnologia[28]. Em alguns casos, no entanto, a balança pende de forma drástica para que se tenha um Processo Penal cada vez mais efetivo e punitivo, e isso tem ocorrido em nosso país.

Alguns acreditam que a solução passa pela instituição de uma política nacional da internet, a ser implementada pelo governo federal, com o fim de garantir os direitos fundamentais na internet, e que salvaguarde princípios como

26. ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova no processo penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 196.

27. BARRETO, Alessandro Gonçalves; ALMEIDA, Everton Ferreira de. Perícia em celular: necessidade de autorização judicial? *Revista Direito & TI*. Disponível em: [www.direitoeti.com.br]. Acesso em: 20.12.2018.

28. FERNANDES, A. S. O equilíbrio entre eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 6, p. 741-774, jul. 2011.

liberdade de expressão e comunicação, igualdade na fruição de acesso à internet e tratamento de tráfego, soberania e segurança nacional, inviolabilidade da intimidade, da privacidade e do sigilo de dados e das comunicações eletrônicas, entre outros direitos[29]. No entanto, a pergunta que necessita de resposta é: como fazer com que tais direitos, ainda que assegurados por uma legislação específica, sejam assegurados diante da possibilidade de se ter uma prova cabal, capaz de desvendar toda a "verdade" dos fatos?

Note-se que não é possível barrar a tecnologia e não se está pregando tal premissa. A evolução tecnológica faz parte de nossas vidas e assim deve permanecer. No entanto, a falta de regulamentação tem trazido uma série de nulidades aos processos judiciais, além de esmagarem direitos e garantias fundamentais em nome da busca da verdade, no que urge a necessidade de regulamentação em termos processuais, em especial, na esfera probatória.

Tais provas colhidas fora da égide da lei – e isso não pode ser negado, na medida em que não existe regulamentação sobre o *Fitbit*, o *Google Dashboard*, o *Snapshot*, o *Alexa*, o *We-Vibe* e tantos outros exemplos de Internet das Coisas, pelo menos não no Brasil – estão sendo utilizadas como elemento probatório para fins de condenação ou absolvição de acusados. Não obstante, estamos discorrendo sobre indivíduos que podem ter o seu direito à liberdade restringido, em razão da colheita de provas que carecem de regulamentação legal e constitucional. O prejuízo é, portanto, evidente.

É preciso entender o processo de mutação dos fatos sociais, o que faz com que o direito deva se adaptar às novas tecnologias e, em se tratando das relações que se desenvolvem na esfera digital, é imprescindível entender as particularidades da internet[30], o que somente pode ser feito com o auxílio de outras ciências, sob pena de cometermos graves equívocos. Há muitas lacunas a serem preenchidas e aplicar a nossa legislação sem atentar para os pormenores pode fazer com que uma série de equívocos sejam cometidos, bem como refletir acerca da aniquilação de uma série de direitos e garantias fundamentais.

A legitimidade do órgão acusador ou da autoridade policial na obtenção de tais provas, mediante dispositivos inteligentes, somente estaria balizada se primeiro

29. HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza. Aspectos da governança da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 262, jan.-jun. 2014.

30. MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 81-110, dez. 2016.

pudéssemos atribuir à Internet das Coisas o "vel da legalidade". Isso não pode ser feito sem regulamentação. Se o sistema jurídico penal brasileiro trabalha dentro do primado da lei (*civil law)* e não calcado no primado do precedente (*common law),* bem como ao cidadão é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, falta justamente a lei! Não existe saída quanto a este ponto. Estamos trabalhando atualmente com provas que são colhidas fora da égide da lei. Dessa forma, pelo menos em princípio, não há como se atribuir legalidade, muito menos legitimidade, na obtenção de tais provas e, sendo elas ilegais, fulminam o processo penal com o manto da nulidade, devendo, necessariamente, conforme dispõe o art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, ser declaradas nulas de pleno direito, a partir do momento em que foram utilizadas como prova nos autos.

Lado outro, não se pode simplesmente ignorar esses elementos a ponto de fingir que eles não existem. O Processo Penal dispõe de saídas para essas hipóteses. Há anos os Tabelionatos de Notas emitem as denominadas Atas Notariais – documento que serve para pré-constituir prova dos fatos. Explica-se: muitas vezes o indivíduo não tem como provar uma situação potencialmente perigosa ou danosa. O tabelião é, portanto, uma testemunha cujo ato vai ter fé pública e fazer prova plena perante qualquer juiz ou Tribunal. Dessa forma, se o órgão acusador pretender utilizar mensagens de WhatsApp, vídeos extraídos do Facebook, dados coletados do *Fitbit* ou qualquer outro dispositivo da Internet das Coisas, deveria levar tais elementos até o tabelião para que houvesse a fabricação da Ata Notarial, concebendo, dessa forma, fé pública ao seu conteúdo. Isso sim seria legal e legítimo. O que não pode continuar acontecendo é a utilização desenfreada da Internet das Coisas "de qualquer jeito", sem o mínimo de proteção à intimidade, bem como carente de legalidade.

Além disso, da mesma forma que tal medida é utilizada pelo órgão acusador, pode o investigado/acusado valer-se da Ata Notarial, a fim de provar a sua não participação nos eventos discutidos no processo. É uma via de mão dupla, legítima e legal, a ser empregada enquanto o Congresso Nacional não regulamenta a Internet das Coisas e os demais dispositivos inteligentes que interagem com seus usuários no Brasil.

Outrossim, o crime desempenha um papel extremamente relevante na sociedade moderna, uma vez que se cuida de um fenômeno expansivo e mutável em um mundo globalizado.

Por causa desses fatores, também a persecução penal tem se aprimorado, tendo em vista a sofisticação das formas pelas quais se investigam fatos tidos por ilícitos. Mas a que custo? E tendo, por diretrizes, quais dispositivos legais?

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

3. A necessidade de regulamentação dos mecanismos informáticos no sistema jurídico brasileiro

Durante o período colonial em que a Inglaterra exercia domínio sobre diversos territórios, as autoridades coloniais, preocupadas com o grande número de cobras venenosas existentes em Délhi, na Índia, tiveram a ideia de recompensar, com certa quantia em dinheiro, cidadãos corajosos que matassem as cobras. De início, a iniciativa pareceu produzir bons resultados, na medida em que diversos indivíduos, interessados no prêmio, passaram a matar serpentes. Contudo, muitos outros perceberam a oportunidade de fazer fortuna e resolveram criar cobras em cativeiro para, ao depois, soltá-las aos poucos. Quando a colônia inglesa percebeu o que estava acontecendo, encerrou a política pública de incentivos financeiros. Os criadores, por sua vez, diante de milhares de cobras sem valor, simplesmente soltaram-nas, gerando um enorme problema de controle de zoonoses. Desde então, tornou-se comum denominar "Efeito cobra" ou *Cobra Effect* as iniciativas governamentais que terminam por produzir, como no caso do uso da tecnologia sem regulamentação como meio de prova no processo penal, efeitos catastróficos.

Evidentemente, a investigação de cada fato ilícito coloca o investigador criminal perante a difícil missão de esclarecer um episódio, geralmente, com base em memórias acerca de um fenômeno psicofísico do passado[31]. As técnicas de investigação e os meios de obtenção de prova são amplos e variados e muitas vezes podem se apresentar de modo combinado. Cada espécie de delito sugere uma maneira específica de investigação: a de um crime de estupro, por exemplo, contará com parâmetros diferentes dos que se aplicariam à descoberta de um estelionato. Mas todas essas técnicas têm um denominador comum: a tutela da legislação penal e processual penal.

O Código de Processo Penal disciplina variados meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, a confissão, as perguntas ao ofendido, a acareação, os documentos, a busca e apreensão. Esses são os já conhecidos meios de prova legais.

A legislação processual, no entanto, não consigna expressamente o celular, o computador, a câmera fotográfica, as mensagens de WhatsApp, o e-mail, e muito menos a gravação feita por uma geladeira altamente tecnológica. Em suma, o Código não traz uma linha sequer a respeito das provas obtidas por meio da Internet

31. SEELING, Ernst. *Manual de Criminologia*. Trad. Guilherme de Oliveira e revisão técnica de Eduardo Correia. Coimbra: Arménio Amada, 1959. v. 2, p. 4.

das Coisas. E essa é a primeira hipótese de ilicitude da prova, ou seja, a ilicitude porque o meio não é previsto na lei e não é consentâneo com os princípios do processo moderno, logo, não será admitido[32].

Há, no entanto, duas outras situações de ilicitude, ainda que o meio seja disciplinado no Código. O segundo caso de ilicitude é a que decorre da imoralidade ou impossibilidade da produção da prova. O exemplo clássico seria o da reconstituição de um estupro. A terceira hipótese de ilicitude é a que decorre da ilicitude da obtenção do meio de prova. O artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, considera inadmissíveis os meios de prova obtidos por meio ilícito. Tal disposição é resultante de opção pelo Poder Constituinte originário.

O texto constitucional expressamente e sem ressalvas não admite qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. A relevância dos valores tutelados pelo processo penal impõe que a própria Constituição consagre princípios reitores a serem adotados necessariamente pela lei ordinária, como garantia de rigidez constitucional[33]. Cabe aqui invocar os ensinamentos do grande jurista João Mendes de Almeida Júnior, um dos primeiros a se preocupar com o aspecto constitucional do processo. Posto que longa, vale transcrever passagem de sua clássica obra:

> "O processo criminal tem seus princípios, suas regras, suas leis fundamentalmente consagrados nas constituições políticas; regras cientificamente deduzidas da natureza das coisas; leis formalmente dispostas para exercer sobre os Juízes um despotismo salutar, que lhes imponha, quase mecanicamente, a imparcialidade. Por isso, todas as constituições políticas consagram, na declaração de direitos do homem e do cidadão, o solene compromisso de que ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior e na forma por ela regulada.
>
> As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais, as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discriminação dos Juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitros, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas. É essa a razão pela qual, se os legisladores puderam, em algumas épocas, deixar as penas ao arbítrio dos Juízes, nunca deixaram ao mesmo arbítrio as formalidades de suas decisões."[34]

32. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 177.
33. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 308.
34. ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 13.

Entretanto, ludibria-se quem estiver pensando que a elaboração de um processo penal constitucional, claramente democrático, poderá, por si só, resolver ou mesmo deter a violência dos aparelhos de repressão estatal, bem como a criminalidade contemporânea e tecnológica. A ineficácia, neste particular, do próprio Direito Penal é manifesta e, de há muito, já vem sendo demonstrada por uma parcela de estudiosos que se denomina de moderna criminologia. Ademais, a falta de conhecimento quanto ao funcionamento de certos dispositivos tecnológicos gera outros problemas.

No caso específico do WhatsApp, a ignorância quanto ao uso do mecanismo dos magistrados e operadores acarreta em pedidos e ordens judiciais que não podem ser cumpridas em face da natureza do sistema utilizado pelo aplicativo. O que ocorre é que o WhatsApp não tem acesso às mensagens que são enviadas pelos seus usuários, já que funciona com criptografia ponto a ponto: no momento em que uma mensagem é enviada à outra pessoa, cria-se uma ligação única e exclusiva com aquela pessoa que a recebe e o único modo de se ter acesso àquela mensagem é acessando a pessoa, diretamente de seu aparelho celular, pois é ela que possui a chave de acesso. Não há como ter interceptação ou grampo de WhatsApp, diferente do que pode ocorrer com uma linha telefônica normal ou com o Google, via seu correio eletrônico (quebra de sigilo telemático). Note-se que o fenômeno que ocorre quando você realiza uma pesquisa no Google ou recebe mensagens via e-mail, no sentido de que, automaticamente, propagandas publicitárias do produto buscado são direcionadas até você em todas as plataformas digitais[35], o que, ressalta-se, trata-se de um mecanismo extremamente lucrativo a grandes empresas de tecnologia, não ocorre em conversas pelo aplicativo WhatsApp, já que este não possui acesso às suas mensagens. Ainda assim, como já referido, todos os dias, medidas cautelares são deferidas a fim de que a empresa informe aos entes estatais o conteúdo das conversas travadas por seus usuários; decisões estas, muitas vezes, acompanhadas de grandes multas por descumprimento de uma decisão que jamais será cumprida por causa de sua impossibilidade física e prática[36].

35. Na ciência da computação, se costuma denominar *machine learning* – em tradução livre: aprendizado da máquina – as hipóteses em que o sistema procura entender melhor o que os usuários estão tentando localizar em suas buscas e assim lhes direcionar exatamente o conteúdo procurado. Trata-se, em verdade, de um algoritmo de Inteligência Artificial que realiza uma análise acertada de acordo com os fatores de busca.

36. STALLINGS, Wiliam. *Criptografia e segurança de redes* – princípios e práticas. Trad. Daniel Vieira. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. p. 201/207.

Outra questão que merece relevo é a instalação de *cookies* em nossos computadores, pelos quais é possível o rastreamento do que foi procurado. Por meio dos *cookies*, é possível rastrear informações privadas do usuário, sem o seu consentimento[37]. O que ocorre é que muitos arquivos podem ser gravados em seu computador pessoal sem que você saiba disso, também independente da vontade do usuário, o que é determinado pela configuração do computador. Esses arquivos possuem a informação de outros *sites* e não, necessariamente, do proprietário do computador, o que pode levar à condução equivocada de pseudoprovas, como em casos de crimes de pedofilia.

O fato é que a internet não pode mais ser vista como um serviço técnico, e sim como um verdadeiro ambiente social, onde os indivíduos realizam transações comerciais, estabelecem suas relações sociais, afetivas e de amizade, armazenam suas lembranças, compartilham e guardam seus trabalhos. Ela é utilizada para trabalho e lazer, além se de constituir como a forma de ofício de muitas pessoas. O homem expandiu suas necessidades sociais ao meio virtual, e o direito precisa, urgentemente, dialogar com esse meio[38].

Se com o surgimento da internet a principal característica que tínhamos era o anonimato do internauta, sua fase atual é marcada pela publicização. Usuários deixam rastros em tudo que fazem, o que ocorre não apenas com os *cookies*, mas também quando nos cadastramos para utilizar um serviço "gratuito", e que, em troca, pede apenas a concordância com a coleta e uso de dados registrados. E não podemos nos enganar: isso tudo é prova; todos estes rastros podem ser utilizados contra os indivíduos em uma eventual ação penal, ainda que produzidos pelo próprio indivíduo, mesmo que sem a sua consciência ou consentimento.

Assim, surge o questionamento: qual é a solução para nos defendermos da tecnologia, já que não se pode, e nem se deve, cogitar frear a evolução tecnológica ou proibirmos certas condutas?

Vivemos em uma sociedade que tenta solucionar seus problemas com leis. Estas são utilizadas em crises, como resposta dos governantes a problemas sociais, mostrando-se como uma solução midiática, que atinge grande repercussão social, mas que não soluciona os problemas de fato. A criminalização e a regulamentação de condutas é uma preocupação constante da nossa sociedade, o que

37. MATTHEW, Kirsch. Do-Not-Track: Revising the EU´s Data protection Framework to require Meaningful Consent for Behavioral Advertising. *Richmond Journal of Law & Technology*, Richmond, v. XVIII, p. 1-50, 2012.

38. PARISER, Eli. *O filtro invisível*. O que a internet está escondendo de você. São Paulo: Zahar, 2012. p. 14-21.

faz com que políticas que incriminam condutas e que aumentam penas sejam bem recebidas pela sociedade em geral, que vê na criminalização a forma de resolver os problemas, mesmo os de cunho social, onde a solução estaria em investimentos tais como saúde e educação. Por outro lado, operadores políticos veem na criminalização uma forma de solucionar as adversidades que se apresentam, o que se dá, essencial e restritamente, porque a criação de tipos penais não demanda custos econômicos ou investimentos[39].

Certamente o caso do WhatsApp, da geladeira que coleta imagens e sons, do *Fitbit,* do *Snapshot* e de tantos outros seria solucionado com uma legislação específica que orientasse magistrados e operadores do direito acerca das possibilidades e dos limites de cada instrumento informático ou, pelo menos, um marco regulatório do próprio mercado da informação[40]. Mas o processo de evolução e expansão da tecnologia é extremamente mais ágil que nosso processo legislativo de forma que talvez fosse necessário o uso de uma norma penal em branco a ser complementada por portarias. Ademais, vivemos em uma sociedade hiperacelerada, regida pelo tempo, tanto que o tempo ocupou o lugar das distâncias[41]. O processo penal não sairia ileso dessa hiperaceleração, ainda que o tempo do processo seja muito mais lento do que o de nossa sociedade acelerada, forte no viés economicista, eficientista e utilitarista[42], a qual, certamente, confunde, em muitas oportunidades, a necessidade do tempo para atender ao contraditório, como negativa de jurisdição ou demora processual.

39. POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. A criminalização cultural dos videogames: um estudo sobre a (des)vinculação entre violência e games. In: II Encontro Internacional de Pesquisa em Ciências Humanas, 2019, Pelotas. *Fontes, Métodos e Abordagens nas Ciências Humanas*: paradigmas e perspectivas contemporâneas. Pelotas: BasiBooks, 2018. v. 1, p. 1.008.
40. Diz-se marco regulatório das sociedades quando os próprios indivíduos envolvidos no mercado desenvolvem uma agenda política ampla, que tem como objetivo o estímulo à gestão pública democrática nas diferentes esferas de governo. Dessa forma, cria-se parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil, qualificando as políticas públicas, a fim delas se aproximarem das pessoas e das realidades locais, possibilitando a solução de problemas sociais específicos de forma inovadora e criativa. Compare em: BRASIL. Entenda o MROSC – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Lei 13.019/2014. Disponível em: [http://portal.convenios.gov.br/images/docs/MROSC/Publicacoes_SG_PR/LIVRETO_MROSC_WEB.pdf]. Acesso em: 06.06.2019.
41. VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
42. LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p. 145, maio 2018.

O fator tempo tem movido nossa sociedade e a aceleração social implica em atitudes normativas e atos processuais urgentes – há uma necessidade de celeridade na resposta jurisdicional. Com isso, estudam-se estatísticas voltadas à redução dos trâmites processuais e analisam-se novos critérios de investigação e produção de provas, sempre tendentes a abreviar o gasto temporal e aumentar a eficiência[43]. Todavia, o processo penal não pode ser visto como gestão de segurança pública e solução imediata de questões sociais[44].

Contudo, o fato é que a inserção das inovações tecnológicas no processo penal acabaram por gerar um descompasso constitucional, muitas vezes, legitimando práticas inquisitoriais baseadas em um discurso utilitarista e voltadas à celeridade[45]. E ao passo que muitas normas de ordem constitucional podem ser aplicadas à utilização de novas tecnologias com fins probatórios para evitar abusos, em muitos pontos, é preciso legislar.

A evolução da internet e os avanços tecnológicos exigem uma resposta legislativa, que evite decisões absurdas e vazias, bem como assegure os direitos constitucionais e veja a internet como um verdadeiro espaço social de desenvolvimento humano. A questão ganha maior relevância quando se trata da produção probatória criminal, no que adquire maior atenção o resguardo da privacidade do indivíduo. O direito à não incriminação, bem como o direito à intimidade, também subsistem no meio virtual e, como tais, devem ser preservados e respeitados.

Não se pode mais ignorar as provas obtidas por meios digitais ou via internet. Poucos processos criminais não apresentam este tipo de prova, cuja aparência de irrefutabilidade pode causar danos irreversíveis aos réus. Há, ainda, o chamado "efeito eterno" da memória eletrônica, já que ferramentas de busca são capazes, até mesmo, de varrer os dados mais insignificantes, os quais também podem depor contra réu quando analisarmos as suas condições pessoais. Não há direito ao esquecimento na internet. Tudo pode ser encontrado e buscado em uma fração de segundos[46].

43. SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal. Dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 245, maio-jun. 2013.
44. HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ano XLV, fascículo I, p. 235-249, 1992.
45. SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal. Dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 279, maio-jun. 2013.
46. TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en Internet y al derecho a ser olvidado/derecho al olvido. IDP – *Revista D'Internet, Dret y Política*, Barcelona, n. 13, p. 55-63, fev. 2012.

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Todavia, devemos lembrar que os cidadãos possuem o direito de manter preservada a sua intimidade e privacidade, de forma que os abusos cometidos na difusão e propagação devem ser combatidos, ainda que ocorridos na internet[47] e com o fito probatório. A "busca da verdade" não justifica o desprezo a direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece como inviolável a *intimidade*, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Ademais, o art. 220 da Lei Maior também menciona do direito à intimidade como um limite à liberdade dos meios de comunicação. A intimidade, ainda, encontra guarida no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que aduz que "ninguém sofrerá intromissões arbitrárias em sua vida privada, na sua família, no seu domicílio, ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda a pessoa tem direito à proteção da lei". Ao analisar tal direito, Gilmar Ferreira Mendes[48] afirma ser a reclusão periódica à vida privada uma necessidade de todos, essencial para sua saúde física e mental, uma vez que é condição para o desenvolvimento livre da personalidade. O autor afirma que há relevante dificuldade ao estarmos em constante observação alheia, podendo afetar possíveis enfrentamentos de novos desafios. Sem a tranquilidade advinda da privacidade, não há como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas ou traçar metas.

É preciso regulamentar a utilização das provas obtidas por meios eletrônicos e aquelas extraídas da Internet das Coisas, sob pena de seguirmos esmagando direitos e garantias fundamentais em busca da não existente verdade real. Na tentativa de obter certeza sobre os fatos do processo, o juiz pode privilegiar certos elementos probatórios sobre outros, os quais lhes pareçam mais convincentes, prevalecendo outros. Vige aqui o princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado[49]. O que se percebe, no entanto, é que os meios de prova tecnológico, por sua aparência de verdade real, prevalecem sobre os tradicionais meios probatórios e, por não serem tradicionais, não se perquire quanto a sua legalidade da mesma forma como os tradicionais, o que ocorre tanto em sua

47. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Informação e privacidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 474.

48. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318/319.

49. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela internet. In: DE LUCCA, Newton (Org.). *Direito e Internet*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000. p. 279-280.

produção como avaliação pelo magistrado. Funcionam como uma espécie de prova tarifária, com um peso superior às demais.

Não podemos nos afastar, no entanto, de uma reflexão constitucional do processo penal e do fato de que essa intersecção nem sempre nos levará a respostas fáceis no que tange à recepção de provas obtidas por meios digitais. Mas tal enfrentamento é essencial. Ademais, não podemos olvidar que a virtualidade das medidas, que ganha importância com a velocidade social a que vivemos, jamais poderá se sobrepor à proteção necessária a todos envolvidos na seara criminal[50], especialmente ao réu.

Não há como se frear o uso das provas obtidas via internet ou por meios digitais. A internet é um meio social, onde se estabelecem relações sociais e, assim, criam-se provas. Não há como fugir. Mas, sem uma legislação que regulamente tal uso, respeitando as especificações de cada meio eletrônico, seguiremos no caminho do massacre aos direitos e às garantias fundamentais, deixando-se a regulação e o peso do uso nas mãos dos magistrados, já que o ciclo da prova não se encerra com a sua produção.

Considerações finais

Suprimida a vingança privada, o Estado assume a titularidade do *ius puniendi* implantando critérios de justiça, cuja obrigatoriedade determina sua observância independentemente da vontade das partes. Nessa medida, o Estado, como ente jurídico e político organizado, avoca o dever de proteger todos os indivíduos que estão sob sua tutela, inclusive, o delinquente em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico e os ditames impostos pela nossa Magna Carta. Não obstante, compreendida a imprescindibilidade da existência de um processo penal nas sociedades ditas "organizadas" como instrumento necessário para aplicação da pena, a luta passa a ser pelo respeito às regras do devido processo legal e, obviamente, antes disso, por regras que realmente estejam em conformidade com os valores constitucionais assumidos.

A assunção desses fatores é fundamental para compreender a influência das novas tecnologias no processo penal brasileiro.

Como visto, a Internet das Coisas é uma extensão da internet atual, que faz com que objetos do dia a dia tenham capacidade computacional e de comunicação,

50. SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 280, maio-jun. 2013.

permitindo que o usuário os acesse em qualquer tempo e de qualquer lugar. Todavia, tal capacidade também faz com que haja uma coleta de dados simultânea que pode servir de prova de fatos ocorridos.

Alguns pontos – por mais óbvios que possam parecer – precisam ser destacados, e, futuramente, incorporados tanto no plano político-estratégico como no plano legal. De certo modo, há de se reconhecer que a capacidade da Internet das Coisas de armazenar e transformar as informações se torna decisiva para a revitalização do conceito de prova no processo penal brasileiro.

Não se pode negar que uma das tarefas mais difíceis dentro do processo penal é encontrar o equilíbrio entre a busca da "eficiência" do sistema persecutório e o respeito às garantias fundamentais do acusado, tão necessária para a segurança jurídica e social. Tal tarefa se torna ainda mais delicada quando estamos tratando dos avanços da tecnologia. Essa questão não é um problema exclusivamente brasileiro; muitos países têm dificuldades em estabelecer legislações que respeitem os direitos humanos, os direitos e as garantias fundamentais, mas, ao mesmo tempo, permitam uma persecução penal adequada, sem barrar os avanços da tecnologia. Em alguns casos, no entanto, a balança pende de forma drástica para que se tenha um processo penal cada vez mais efetivo e punitivo, e isso tem ocorrido no Brasil.

Os indivíduos estão sendo cada vez mais invadidos em sua intimidade, na busca pela tal "verdade real". Celulares são devassados pelos investigadores sem qualquer autorização judicial. Conversas de WhatsApp são plenamente divulgadas na mídia e usadas contra o investigado. Imagens captadas por aparelhos domésticos são utilizadas como meio de obtenção de prova sem que exista uma prévia análise acerca de sua licitude. Por outro lado, o cidadão não tem ao seu lado um único instrumento de proteção contra esses excessos, já que infelizmente os direitos e as garantias fundamentais, ao que parece, não têm mais a força cogente necessária.

Não se pode permitir que a legalidade dos meios de obtenção de prova seja desprezada, ainda que se tenha em linha de conta ter o ato atingido a finalidade colimada. Aqui, é preciso distinguir entre o ato desvestido de legalidade (portanto, nulo) e o ato praticado de forma diversa da prescrita na lei ou na Constituição, mas não contrária a estas, e que tenha atingido o fim objetivado. Estamos falando de meios de obtenção de prova (Internet das Coisas, WhatsApp, etc.) que não estão albergados pelo manto da licitude, já que nem a Constituição, nem a legislação infraconstitucional ou até mesmo um regulamento previu tal meio.

Os operadores do direito como um todo têm de se convencer de que o processo, enquanto processo e como processo, não tem dono, nem senhor. Há, por

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

evidente, uma função de comando a ser exercida por impulso processual, mas comando sempre vinculado à lei. Comando sim; prepotência não. O direito processual penal se liga a uma imposição que é fruto de disposição constitucional e legal, em conformidade com modelos pré-determinados, os quais devem ser rigorosamente imitados por quem os venha a praticar. É uma verdadeira tipicidade.

O processo penal é verdadeiramente formalístico, na medida em que as formalidades legais, em última análise, são os meios escolhidos e impostos imperativamente pelo Estado como aqueles que melhor atendem à elucidação da verdade e à garantia de defesa dos acusados. Se o contemporâneo processo penal deseja utilizar a Internet das Coisas, o WhatsApp, a internet e as demais tecnologias como meio de obtenção de provas, que assim o façam, mas de maneira formal e válida, isto é, mediante tipificação legal.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

AMBROGI, Robert. *Law site*. Disponível em: [www.lawsitesblog.com/]. Acesso em: 20.12.2018.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova no processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARRUDA, Felipe. 20 anos de internet no Brasil: aonde chegamos? *TecMundo*. Disponível em: [www.tecmundo.com.br/internet/8949-20-anos-de-internet-no-brasil-aonde-chegamos-.htm]. Acesso em: 20.12.2018.

BARRETO, Alessandro Gonçalves; ALMEIDA, Everton Ferreira de. Perícia em celular: necessidade de autorização judicial? *Revista Direito & TI*. Disponível em: [www.direitoeti.com.br]. Acesso em: 20.12.2018.

BARROS, Marco Antonio; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e Videoconferência no processo penal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 116-125, jan.-mar. 2006.

BRASIL. Entenda o MROSC – Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Lei 13.019/2014. Disponível em: [http://portal.convenios.gov.br/images/docs/MROSC/Publicacoes_SG_PR/LIVRETO_MROSC_WEB.pdf].

BELLARE, M.; CANETTI, R.; KRAWCZYK, H. Keying hash functions for message authentication. *Crypto*, 1996.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. *Ciências Criminais*: temas controvertidos na realidade prática brasileira. Florianópolis: Habitus, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia Probatória dos Contratos Celebrados pela internet. In: DE LUCCA, Newton (Org.). *Direito e Internet*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Edipro, 2000.

FERNANDES, A. S. O equilíbrio entre eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 6, p. 741-774, jul. 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades na imputação criminal: operação lava jato e o art. 383 do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, p. 281-307, set.-out. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del derecho penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ano XLV, fascículo I, 1992.

HOBAIKA, Marcelo Bechara de Souza. Aspectos da governança da internet. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, jan.-jun. 2014.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JR., Aury. A tridimensionalidade da crise do processo penal brasileiro: crise existencial, identitária da jurisdição e de (in)eficácia do regime de liberdade individual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 143, p. 117-153, maio 2018.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 81-110, dez. 2016.

MATTHEW, Kirsch. Do-Not-Track: Revising the EU´s Data protection Framework to require Meaningful Consent for Behavioral Advertising. *Richmond Journal of Law & Technology*, Richmond, v. XVIII, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORALES PRATS, Fermín. Prólogo à obra de Esther Morón. Internet y Derecho Penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Pamplona, n. 1, p. 15, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Sérgio. *Internet das Coisas com ESP8266, Arduino e Raspberry Pi*. São Paulo: Novatec, 2017.

PARISER, Eli. *O filtro invisível*. O que a internet está escondendo de você. São Paulo: Zahar, 2012.

POLL, Roberta Eggert; CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de. A criminalização cultural dos videogames: um estudo sobre a (des)vinculação entre violência e games. In: II Encontro Internacional de Pesquisa em Ciências Humanas, 2019, Pelotas. *Fontes, Métodos e Abordagens nas Ciências Humanas*: paradigmas e perspectivas contemporâneas. Pelotas: BasiBooks, 2018. v. 1.

ROSLER, Paul; MAINKA, Christian; SCHWENK, Jork. More is less: on the end-to-end security of group chats in signal, whatsapp, and threema. *3rd IEEE European Symposium on Security and Privacy,* EuroS&P, London, jan. 2018.

SAMPAIO, Denis. Inovações tecnológicas no direito processual penal. Dialética entre eficácia e garantia na produção da prova judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 102, p. 243-284, maio-jun., 2013.

SEELING, Ernst. *Manual de Criminologia*. Trad. Guilherme de Oliveira e revisão técnica de Eduardo Correia. Coimbra: Arménio Amada, 1959. v. 2.

SILVA, Danni Sales. Da validade processual penal das provas obtidas em *sites* de relacionamento e a infiltração de agentes policiais em meio virtual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 120, p. 203-235, maio-jun. 2016.

SINGER, Talyta. *Tudo conectado*: conceitos e representações da internet das coisas. II Simpósio em tecnologias digitais e sociabilidade. Salvador, 10 e 11 de outubro de 2012.

STALLINGS, William. *Criptografia e segurança de redes* – princípios e práticas. Trad. Daniel Vieira. 6. ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

TECHSHOW. Disponível em: [www.techshow.com/materials/2018-conference--materials/]. Acesso em: 20.12.2018.

TELECO. Disponível em: [www.teleco.com.br/ncel.asp]. Acesso em: 20.12.2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Informação e privacidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TERWANGNE, Cécile de. Privacidad en Internet y al derecho a ser olvidado/derecho al olvido. IDP – *Revista D'Internet, Dret y Política*, Barcelona, n. 13, p. 55-63, fev. 2012.

VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

WHATSAPP SECURITY. Disponível em: [www.whatsapp.com/security/]. Acesso em: 22.06.2019.

WIKIPEDIA. Disponível em: [www.Wikipédia.com.br]. Acesso em: 20.12.2018.

ZUIN, Vânia Gomes; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. A formação no tempo e no espaço da internet das coisas. *Educ. Soc. Campinas*, Campinas, ano 37, n. 136, p. 757-773, jul.-set. 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Da validade processual penal das provas obtidas em sites de relacionamento e a infiltração de agentes policiais no meio virtual, de Danni Sales Silva – *RBCCrim* 120/203-235 (DTR\2016\20119);
- "Eu sei o que vocês fizeram no verão passado": o uso de *software* de espionagem como meio de obtenção de prova penal, de Eduardo Bolsoni Riboli – *RBCCrim* 156/91-139 (DTR\2019\31666);
- Interrogatório criminal *on-line*: uma proposta conciliatória entre a modernidade tecnológica e as garantias processuais do réu, de Ivan Luiz da Silva – *RT* 880/375 (DTR\2009\174); e
- Whatsapp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio, de Fábio Agne Fayet e Andersson Vieira Carvalho – *RBCCrim* 140/297-322 (DTR\2018\7941).

Castilhos, Guilherme Machado de; Poll, Roberta Eggert; Castilhos, Aline Pires de Souza Machado de."E se a sua geladeira pudesse depor contra você no Tribunal?": Internet das Coisas e provas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 363-391. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Reforma Psiquiátrica e justiça criminal no Distrito Federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental

Psychiatric Reform and Criminal Justice in the Federal District: an exploratory analysis of questions on incidents of mental insanity

Bruno Amaral Machado

Pós-doutorado em Sociologia (UnB – JOHN JAY-NY). Doutor em Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Pesquisador Associado do Departamento de Sociologia da UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal (UniCEUB/UnB). Promotor de Justiça (MPDFT).
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7425-7066
brunoamachado@hotmail.com

Fernando Luiz de Lacerda Messere

Doutor em Direito (UniCEUB). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB) e em Direito (UCB). Membro do Grupo Política Criminal (UniCEUB). Juiz de Direito Titular da Vara de Execuções das Penas em Regime Aberto do TJDFT.
ORCID: http://orcid.org/0000-0003-3047-5632
fernandomessere@bol.com.br

Recebido em: 19.08.2019
Aprovado em: 02.10.2019
Última versão dos autores: 21.10.2019

Áreas do Direito: Direitos Humanos; Penal

Resumo: Estudos recentes indicam pouca efetividade da Reforma Psiquiátrica da Lei 10.216/2001 no sistema de justiça criminal e sugerem razões e diferentes frentes de análise. Neste artigo, apresentamos e discutimos o resultado de pesquisa documental qualitativa exploratória centrada na análise de quesitos formulados no primeiro semestre de 2018 por juízes, promotores de

Abstract: Recent studies indicate the ineffectiveness of the Psychiatric Reform of Law 10,216/2001 in the criminal justice system. They suggest reasons and different fronts of analysis. In this article we present and discuss the results of a qualitative exploratory documentary research focused on the analysis of questions formulated in the first half of 2018 by judges,

Machado, Bruno Amaral; Messere, Fernando Luiz de Lacerda. Reforma Psiquiátrica e justiça criminal no Distrito Federal: uma análise exploratória das quesitações em incidentes de insanidade mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 395-419. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

justiça e defensores públicos para os peritos que elaboram os laudos que orientam as decisões nos incidentes de insanidade mental, instaurados em varas criminais do Distrito Federal (DF). Observamos que os juízes frequentemente não formulam quesitos, e que promotores e defensores geralmente formulam quesitos que somente invocam o saber psiquiátrico, bem como apenas relacionados à presença e à extensão de eventual transtorno mental incapacitante. Ao final, propomos orientação institucional acerca da formulação de quesitos compatíveis com a implementação da Reforma no sistema penal do DF.

Palavras-chave: Crime – Loucura – Reforma Psiquiátrica – Quesitos – Laudo Pericial.

prosecutors and defenders to the experts that would produce reports that would guide decisions in incidents of mental insanity in the criminal courts of the Federal District. We observed that judges frequently do not formulate questions, and that prosecutors and defenders often formulate questions that only invoke the psychiatric knowledge, and are only concerned to the presence and the extent of some incapacitating mental disorder. In the end, we propose institutional guidance on the formulation of questions compatible with the implementation of the Reform in the penal system of the Federal District.

Keywords: Crime – Madness – Psychiatric Reform – Expert Report.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. A loucura entre o direito penal e a psiquiatria. 4. Os quesitos nos incidentes de insanidade mental: instrumentos de contenção da Reforma Psiquiátrica?. 4.1. Os quesitos dos juízes. 4.2. Os quesitos dos promotores de justiça. 4.3. Os quesitos dos defensores. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

> *Existe em Charenton [...] um homem cuja audaciosa imoralidade o tornou demasiado célebre e cuja presença neste hospício acarreta inconvenientes dos mais graves. Refiro-me ao autor do infame romance Justine. Esse homem não é um alienado. Seu único delírio é o do vício, e não é numa casa destinada ao tratamento médico da alienação que essa espécie de vício pode ser reprimida. É preciso que o indivíduo por ela atingido seja submetido ao mais severo sequestro.*
>
> (FOUCAULT, 1972, p. 123)

A análise das mudanças na programação jurídica brasileira desde o Código Criminal de 1830 até o Código Penal vigente revela que os quesitos e os laudos periciais foram selecionados como os instrumentos acopladores da interação cognitiva entre os saberes jurídicos e da psiquiatria em face da relação crime-loucura. A Lei 10.216/2001 – Lei da Reforma Psiquiátrica, por seu turno, trouxe complexidade ao impor intervenção multiprofissional e natureza interdisciplinar ao laudo como instrumento apto a guiar o subsistema jurídico-penal para obter a resposta mais adequada àquele que padece de transtorno mental incapacitante

(MACHADO; MESSERE, 2019). A fim de aprofundar a abordagem teórica anteriormente mencionada, o presente artigo pretende apontar possíveis caminhos para a efetivação da Reforma Psiquiátrica no sistema penal a partir de investigação sobre a adequação dos quesitos formulados no Distrito Federal à moldura legal antimanicomial.

Passadas quase duas décadas da aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica, os dados oficiais do sistema penitenciário e os estudos no campo sugerem pouca efetividade da reforma legal no âmbito penal (CARVALHO; BRASIL, 2013; DINIZ, 2013; WEIGERT, 2015; MATTOS, 2016; PRADO; SCHINDLER, 2017; CIA, 2017; BRASIL, 2018). Embora os relatórios anuais do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN indiquem que o percentual de pessoas em medida de segurança de internação no País decresceu entre dez./2003 (0,86% do total de 308.304 presos) e jun./2014 (0,41% do total de 607.731 presos), os relatórios dos anos seguintes indicam até mesmo elevação nesse percentual, o que sugere a persistência de obstáculos ao avanço da política antimanicomial na esfera penal[1].

Internos em medida de segurança

Mês/Ano	Dez./2011	Dez./2012	Dez./2013	Jun./2014	Dez./2015	Dez./2016
Presos	514.582	549.786	581.507	607.731	698.618	722.210
Internos em MS	3.247	2.897	2.721	2.497	3.297	2.987
%	0,630	0,526	0,467	0,410	0,471	0,413

Fonte: Depen.

No Distrito Federal, o Censo Penitenciário de 2011 identificou 94 pessoas na Ala de Tratamento Psiquiátrico – ATP do Presídio Feminino do DF, sendo 62 em cumprimento de medida de segurança, 21 em medida de segurança por conversão de pena e 11 em internação temporária (DINIZ, 2013, p. 105). No início de 2018, ainda havia 84 internos naquela ATP (SESIPE, 2018). Mesmo que o percentual não se tenha elevado, o fato é que as internações manicomiais resistiram, e esses resultados sugerem incongruência com a lógica antimanicomial da Reforma (DINIZ, 2013; WEIGERT, 2015), sobretudo se considerada a redução

1. Números obtidos nos Relatórios Sintéticos e nas Bases de Dados do DEPEN disponíveis no sítio de internet do Órgão. O relatório sintético de dezembro de 2014 não apresentou o número de internos em medida de segurança, razão pela qual a tabela mostra o número contido no relatório de junho de 2014.

das internações psiquiátricas estranhas ao subsistema jurídico-penal (DUARTE; GARCIA, 2013; TABORDA; TELLES; COSTA, 2013; CFM, 2017).

A persistência das internações nos manicômios judiciais após a Reforma de 2001 tem sido objeto de pesquisas que exploram diferentes aspectos da questão. Parte da literatura sugere contornar o problema com a unificação da resposta penal dirigida tanto aos mentalmente capazes quanto aos mentalmente incapazes, sob o argumento de que estes serão resgatados do jugo de um poder-saber que opera violando direitos fundamentais (JACOBINA, 2008; VENTURINI, 2013; CORREIA, 2013; CIA, 2017). A solução apenas muda de endereço aquele que sofre do transtorno mental, do manicômio que pouco se diferencia de uma penitenciária para uma penitenciária que finge não ser um manicômio. Isso decorre, tanto no Brasil quanto no exterior, de um sistema indiferente às demandas da saúde mental e que, aliado à redução da hospitalização psiquiátrica, encarcera infratores incapacitados mentalmente que jamais foram tratados pelas instâncias da saúde em liberdade antes de serem encaminhados às prisões (TORREY, 2010; TABORDA; TELLES; COSTA, 2013; FRADELLA; SMITH-CASEY, 2014).

Associa-se o fato a dificuldades estruturais e funcionais variadas, seja de acesso ao tratamento multiprofissional proposto na reforma (VALENÇA; MORAES, 2006), seja de ausência de informações socioeconômicas necessárias ao atendimento psicossocial dos incapacitados (GARBAYO; ARGÔLO, 2008), seja de carência de profissionais treinados para lidar com o transtorno mental no infrator (JORGE; FRANÇA, 2001). Ainda que relevantes os achados, não se pode ignorar a ampliação da estrutura institucional não prisional de apoio psicossocial em todas as unidades da federação brasileira, embora nem sempre em condições adequadas. Havia 610 Serviços Residenciais Terapêuticos – SRT vinculados a estabelecimentos de saúde em funcionamento no Brasil ao final de 2014[2]. Mais de 2.400 Centros de Atenção Psicossocial – CAPS, com o apoio de 35 mil equipes de Saúde da Família – eSF, foram criados desde a edição da Lei 10.216/2001 até o final de 2017 (BRASIL, 2018). Esse aparato institucional desafia as explicações que relacionam o problema à insuficiência de alternativas à internação asilar. No DF, a Secretaria de Saúde, por meio da Diretoria de Saúde Mental (DISTRITO FEDERAL, Diretoria de Saúde Mental, 2018), divulga que a rede de tratamento do transtorno mental, que recebeu o primeiro CAPS em 2004, passou a contar com 17 unidades, 4 das quais oferecem atendimento por 24 horas, além de um

2. Números disponíveis no Relatório Saúde Mental em Dados 12, publicado pela Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Justiça.

Hospital-dia[3] e um serviço residencial terapêutico[4]. Deve-se certamente investigar as condições em que são implantadas essas unidades e se de fato atendem aos fins a que são destinados. Os números do DEPEN e da SESIPE/DF, entretanto, indicam que os infratores ainda são encaminhados e permanecem na ATP-DF.

Pesquisas recentes criticam a incompatibilidade/incoerência da Reforma com a legislação penal, porque esta impõe penas disfarçadas de internação obrigatória e de duração indeterminada (PERES; NERY FILHO, 2002; TABORDA, 2012; VELLOSO; CABRAL FILHO; RIBEIRO; CORDEIRO, 2013; BASSO, 2014; PRADO; SCHINDLER, 2017). O Supremo Tribunal Federal – STF, no *Habeas Corpus* 84.219/SP – 2005, fixou como limite máximo da internação aquele da pena efetivamente cumprida, 30 anos, e o Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio da Súmula 527, foi além e fixou que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o máximo da pena prevista em abstrato para o crime praticado. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, mediante a Resolução 113/2010 e a Recomendação 35/2011, determinou que a Lei 10.216/2001 aplica-se às medidas de segurança, o que significa dizer que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário não identificam a incompatibilidade normativa apontada por alguns pesquisadores.

Argumenta-se que a persistência das internações asilares está relacionada à simbiose dos saberes médico e jurídico[5] legitimadores de tratamento violador de

3. O Hospital São Vicente de Paulo foi preparado em 2008 para funcionar também como Hospital-dia.

4. O único SRT no DF, também chamado de Casa de Passagem, funciona nas instalações do Instituto de Saúde Mental, criado, em 1987, na antiga Granja do Riacho Fundo. O SRT não é uma unidade de saúde, mas uma alternativa de moradia para pessoas que se encontravam internadas por muito tempo em hospitais psiquiátricos e sem amparo comunitário, de modo que possam ali residir e receber tratamento que não lhes imponha os danos da institucionalização manicomial. Tramita desde 2010 uma ação civil pública (2010.01.1. 067203-4) com a finalidade de compelir o DF a criar mais SRTs. A ação foi julgada procedente e teve a decisão mantida em sede de apelação, mas objeto de recurso que ainda não foi decidido.

5. Não se deve estranhar e rechaçar a necessária comunicação entre esses saberes na formação da certeza científica acerca do infrator que padece de transtorno mental, comunicação forjada na passagem do século XIX para o século XX (FOUCAULT, 1972; CASTEL, 1978). Essa comunicação não desmerece o direito penal, tampouco a reforma psiquiátrica. A diferenciação funcional entre direito e psiquiatria é resultado da evolução do sistema sociedade (LUHMANN, 2005). Necessário, todavia, investigar como alcançar decisões psiquiátricas que, quando canalizadas ao mundo do direito, não produzam decisões violadoras de direitos fundamentais.

direitos fundamentais, que incide sobre sujeitos considerados "anormais" pela continuidade da adoção da periculosidade como critério preponderante na decisão de internação (BASSO, 2014; WEIGERT, 2015; CIA, 2017). É tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme revela, entre outros, o HC 135484/SP, que admite a realização de exames de aferição de periculosidade mesmo após a edição da Lei 10.792/2003, que afastara a obrigatoriedade de tais exames para a desinternação e, eventualmente, a extinção das medidas de segurança. Parte dos estudos no campo tem sugerido a modificação da análise da periculosidade pela de risco de violência, mas sem efeitos antimanicomiais (ABDALLA-FILHO, 2004; RIBEIRO; CORDEIRO, 2013).

A partir dos dados oficiais do sistema penitenciário e dos estudos no campo, indaga-se sobre os motivos da não efetividade da reforma psiquiátrica no sistema penal no Distrito Federal. Uma vez que a determinação e a manutenção das internações psiquiátricas penais resultam de decisões do sistema jurídico a partir de laudos periciais, a pesquisa investiga se os quesitos atendem às exigências legais e pretende apontar possíveis caminhos para a efetivação da Reforma Psiquiátrica no sistema penal brasileiro.

2. Metodologia

A interação entre o sistema penal e os saberes auxiliares à elucidação da relação crime-loucura ocorre sob quatro tipos de procedimentos, sendo um incidental à ação penal (incidente de insanidade mental) e três à execução da sentença penal proferida (exames criminológico, de cessação de periculosidade e de cessação de dependência química) (ABDALLA-FILHO, 2016). Essas quatro interações com os saberes médicos e das ciências psi, em especial com a psiquiatria, observam procedimentos assemelhados e regulados pela legislação penal. Primeiro, em caso de dúvida dos profissionais do direito sobre um estado mental insano no suposto infrator penal. Em seguida, formulam-se os quesitos para elucidar a dúvida. Os quesitos são encaminhados aos profissionais da perícia, que produzem um laudo no qual as indagações judiciais são respondidas. Finalmente, as partes manifestam-se sobre o laudo e o juiz decide a controvérsia sobre a insanidade.

O método de abordagem adotado nesta pesquisa exploratória qualitativa foi o hipotético-dedutivo, "que se inicia pela percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese" (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 106). Se os quesitos são instrumentos de

provocação da intervenção pericial forense, então a análise dos quesitos permitirá verificar como e com qual amplitude o saber jurídico convoca a intervenção pericial. E se a internação é decidida com o olhar jurídico voltado aos laudos periciais produzidos em resposta aos quesitos formulados, então a análise desses instrumentos poderá proporcionar explicações relevantes sobre aquelas decisões de internação.

Não se pretendeu realizar levantamento de todo o acervo documental das intervenções periciais forenses no DF. Foram coletados para a pesquisa quesitos formulados pelos profissionais do direito em incidentes de insanidade mental ainda não periciados em curso em varas criminais do Distrito Federal. Esse primeiro recorte documental foi realizado porque os quesitos são os instrumentos que deflagram a intervenção pericial e devem fornecer o balizamento da cognição necessária para que se produza uma decisão. Balizas muito amplas ou muito estreitas comprometerão a utilidade dos laudos. Se os quesitos não invocarem intervenções de outros profissionais, os laudos permanecerão centrados exclusivamente no saber psiquiátrico. Sem indagações compatíveis com a política antimanicomial, o modelo que a Reforma procura desestabilizar permanecerá intocado no âmbito penal.

Assim, partiu-se da hipótese de que os quesitos formulados nos incidentes de insanidade mental nos juízos criminais do DF não exploram adequadamente as alternativas oferecidas pela Reforma Psiquiátrica, que reclama provocação evolutiva do saber psiquiátrico forense e intervenção pericial multiprofissional, inadequação que contribui para aplicação dogmática do art. 97 do CP[6] e desprestígio da Reforma Psiquiátrica no âmbito penal. A partir dessa hipótese, indaga-se: os quesitos formulados nos incidentes de insanidade ajustam-se à política antimanicomial? De modo que se confirme ou rechace a hipótese formulada, a pesquisa exploratória qualitativa, realizada sob o quadro referencial da política antimanicomial promovida pela Reforma Psiquiátrica da Lei 10.216/2001, adotou como método de procedimento a seleção e a análise documentais mediante observação documental indireta (MARCONI; LAKATOS, 2003).

A seleção e a coleta documentais foram dirigidas a 20 (vinte) varas criminais no DF, incidindo exclusivamente sobre os quesitos formulados nos incidentes criminais de insanidade mental. Das 20 varas criminais consultadas, apenas 14

6. O art. 97 do CP determina que a imposição de medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial terá por base o ilícito penal praticado, e não a necessidade terapêutica do sentenciado, situação que poderá ser revista no curso da execução da medida de segurança imposta.

responderam à consulta, sendo 8 varas centrais e 6 varas periféricas distribuídas por 7 das 16 Circunscrições Judiciárias do Distrito Federal. Os quesitos foram coletados entre os meses de abril e julho de 2018[7]. Esses recortes, temporal e espacial, proporcionaram amostra atual e propícia para análise qualitativa reveladora de eventuais obstáculos epistemológicos[8] nas práticas dos atores do sistema de justiça.

O corpo documental foi composto por 33 quesitações, sendo 3 formuladas por juízes, 15 por promotores, 9 por defensores públicos, 3 por núcleos de prática jurídica e 3 por patronos contratados. A distribuição qualitativa alcançou todos os grupos de profissionais jurídicos envolvidos, mas a quantidade resultou da disponibilidade documental nos juízos consultados.

Em 2018, foi publicado artigo intitulado *Medida de segurança como questão de saúde no Distrito Federal e a (des)construção da quesitação penal pelos agentes institucionais*, baseado em análise documental e entrevistas realizadas com promotores de justiça lotados na execução penal do DF e com um enfermeiro[9] da equipe de saúde da Ala de Tratamento Psiquiátrico do Sistema Penitenciário do DF. Ali se investigou e sustentou a impropriedade do emprego da periculosidade como critério de avaliação das internações e a necessidade de modificação da quesitação para envolver "necessariamente a possibilidade de investigação não só do estado psicológico do agente, mas da existência de apoio familiar e/ou estatal, para verificação de sua real necessidade terapêutica", ajustes exigidos pelo novo paradigma das medidas de segurança como questão de saúde (RESENDE; MACIEL, 2018).

7. A pretensão da pesquisa foi a de coletar quesitos produzidos com proximidade temporal, razão pela qual todos os quesitos foram solicitados em um intervalo de três dias. Não se pretendeu, portanto, comparar a variação da quesitação no tempo, mas tão somente o estado da quesitação em determinado instante no tempo. O número de incidentes de insanidade em curso é geralmente reduzido, e muitas vezes os quesitos estavam sendo produzidos por uma das partes e os autos processuais não estavam disponíveis para consulta. O intervalo de quatro meses foi considerado um limite adequado para não descaracterizar a proximidade temporal pretendida.
8. "Um obstáculo epistemológico se incrusta no conhecimento não questionado. Hábitos intelectuais que foram úteis e sadios podem, com o tempo, entravar a pesquisa [...] 'Nosso espírito tem a tendência irresistível de considerar como mais clara a idéia que costuma utilizar com frequência'. A idéia ganha assim uma clareza intrínseca abusiva. Com o uso, as idéias se valorizam indevidamente" (BACHELARD, 2005, p. 19).
9. O artigo não esclarece a razão da inclusão de um profissional da enfermagem no conjunto de entrevistados, seleção que sugere amplitude excessiva na fixação de balizas para a quesitação.

A mudança de paradigma que atingiu as medidas de segurança com o advento da Lei 10.216/2001 tem sido objeto de numerosos artigos jurídicos, dissertações e teses que também sustentam a inadequação do emprego da periculosidade como categoria explorada no direito penal em geral e nas medidas de segurança em particular. Estudos no campo da psiquiatria também sustentam que não deve mais haver *indagação simplista* sobre a periculosidade (RIBEIRO; CORDEIRO; CABRAL-FILHO, 2013, p. 252), mas avaliação de risco de violência como categoria objeto de investigação psiquiátrica clínica e de instrumentos padronizados nos quais o transtorno mental figura apenas como um dos elementos investigados (ABDALLA-FILHO, 2004), e que "deverá ser fruto de uma perícia multiprofissional, apreendida desde diferentes vértices, criminológico, psicológico, psiquiátrico, assistência social, jurídico, etc." (COHEN, 2013, p. 33). Essas pesquisas e artigos não prejudicam ou invalidam a investigação que deu origem a este artigo, pois os possíveis entraves à efetividade da Reforma Psiquiátrica na esfera penal permanecem abertos à discussão.

Deve-se considerar que, embora os quesitos evidenciem compreensões e interesses distintos, são encaminhados aos peritos em conjunto, com evidente natureza complementar, já que todos serão respondidos. Assim, a avaliação da adequação ou inadequação da quesitação somente poderá ser declarada após a análise dos conjuntos de quesitos oferecidos pelas três categorias de profissionais do direito envolvidos. Certamente, não se cogita que exista harmonia na quesitação formulada pelos distintos atores processuais, seja na formulação, seja no conteúdo.

3. A loucura entre o direito penal e a psiquiatria

> "O interno *Infrator* espancou o paciente *Vítima*, ao ponto do paciente *Vítima* estar entre a vida e a morte na UTI *do Hospital X* [...]. O paciente *Vítima* é um pobre coitado portador de retardo mental intenso e esquizofrenia, com idade mental de 8 anos, enquanto que o interno *Infrator* não vem apresentando alteração psicopatológica que sugira necessidade de internação na ATP. De fato, o interno *Infrator* não está psicótico, sua conduta violenta com o pobre *Vítima*, que está entre a vida e a morte, foi realizada quando o interno *Infrator* tinha plena capacidade de auto entendimento e plena autodeterminação. Na ATP, o interno *Infrator*, só faz uso de medicação para dormir. *Infrator* apresenta histórico de uso de drogas, cujo tratamento pode ser feito *no Presídio Y*, como as centenas de outros internos que tem naquele presidio. Solicito [...] encaminhamento do interno *Infrator* da ATP para *o Presídio Y*, visto ele não ter nenhum comprometimento mental, ser mau, e para que ele esteja numa ala

> de segurança na Papuda, em que não venha novamente a espancar até a morte seres humanos realmente doentes. Repito, o interno *Infrator* (não me referi a ele como paciente) tem plena capacidade de auto entendimento e autodeterminação, e esta conduta bárbara, desumana, não tem nenhum vínculo com nenhum transtorno mental."[10]

A transição da internação indiscriminada e confusa de loucos, vagabundos, devassos, criminosos e desatinados de todo tipo para a segregação discriminada da patologia da loucura foi processo de segregação social que se consolidou no século XIX (FOUCAULT, 1972; CASTEL, 1978; MACHADO, 1978). A coexistência, que era normal até o século XVIII, passa a ser moralmente inconveniente e cientificamente condenável.

O pensamento criminológico clássico exige racionalidade no ato, ação livre e consciente, fundamento jurídico da repressão penal (BECCARIA, 2004; BENTHAM, 2017). O louco não atende a tal exigência e tem a resposta repressiva condicionada a um fundamento que o direito requer da medicina (CASTEL, 1978).

No Brasil, o controle do louco infrator também foi atingido pela diferenciação funcional (MACHADO, 2012) da psiquiatria como saber identificador da loucura e do tratamento (MACHADO, 1978; CHAVES, 2010; BASSO, 2014; MACHADO; MESSERE, 2019). A legislação penal brasileira sofreu reformas até o vigente Código Penal, modificado pela reforma de 1984. Marcada pela inimputabilidade do incapacitado mental, a norma penal variou nos dois elementos da decisão judicial. Primeiro, a intervenção do saber médico, desnecessário em 1830, mas exigido a partir de 1940. Depois, o destino do incapaz, da devolução discricionária à família ao *encarceramento terapêutico* obrigatório e de duração indeterminada[11].

---

10. Esse trecho é a quase integralidade da requisição de transferência do paciente *Infrator*. O caso ocorreu após a Lei da Reforma Psiquiátrica. Os nomes e demais informações capazes de permitir a identificação de qualquer pessoa foram omitidos para proteção da intimidade dos envolvidos. A semelhança dessa manifestação de repulsa à confusão entre criminosos e loucos com o relato trazido por Foucault, produzido há mais de 200 anos na França, elucida os desafios da identificação do incapacitado mental e do tratamento psiquiátrico asilar. Afinal, mediante quais indagações se chegou à internação de *Infrator* na ATP? E ainda, mediante quais indagações se chegou à manutenção da internação de *Vítima*, "um pobre coitado (sic) portador de retardo mental intenso e esquizofrenia, com idade mental de 8 anos"? O que legitimou a internação de *Vítima*? Por que ambos se encontravam sob internação psiquiátrica em instalação penitenciária "da qual não se possa fugir"?

11. O Decreto 1.132, de 1903, que reorganizou a "assistência aos alienados", exigiu parecer médico prévio à internação e proibiu que os alienados fossem mantidos em cadeias

A irresponsabilidade penal do agente mentalmente incapaz permaneceu, mas a lei penal de 1940 inovou com a medida de segurança[12], resposta preventiva à manifestação pericial de incapacidade mental que presume futuro delito.

Em 1904, Franco da Rocha sustentava que "A esfera da Psiquiatria Forense é exatamente determinar a existência ou não existência desse estado mórbido cerebral, a fim de poder o juiz, de acordo com a opinião dos peritos psiquiatras, aplicar as determinações dos códigos", e apresentava exemplo de quesitação e laudo pericial criminal:

> *"1º S. é um espírito normal ou é uma vítima de qualquer degenerescência?*
>
> R – É um degenerado.
>
> *2º Qual o gênero de anormalidade do espírito?*
>
> R– É um impulsivo, vítima de acessos de cólera furiosa, em que perde a consciência durante pouco tempo, mesmo por motivos fúteis.
>
> *3º Influi isto sobre seu caráter, alterando a determinação de seus atos?*
>
> R – Sim.
>
> *4º O seu desequilíbrio de espírito permite-lhe, nas ocasiões de crise, o domínio da vontade?*
>
> R – Não.
>
> *5º Em tais casos a sua inteligência funcionará e os seus sentidos levarão ao espírito, pela impressão, a imagem real das coisas?*
>
> R – Não.
>
> *6º Preso da degenerescência que o afeta, S. pode ter, nos acessos, perfeita consciência de atos praticados?*
>
> R – Não.
>
> É nosso parecer, que assinamos,
>
> São Paulo, ... de 1903."
>
> Dr. F.; Dr. M (ALMEIDA, 2018)

públicas ou entre criminosos não alienados, além de instituir ambiente próprio de segregação do alienado criminoso – os "manicomios criminaes". Essa exigência somente foi expressamente inserida nos Códigos Penal (arts. 96 a 99) e Processual Penal (art. 149 e segs.) a partir de 1940, ainda vigentes com a redação dada à Parte Geral do Código Penal pela reforma de 1984.

12. Embora adotada também para os culpáveis na redação original do Código Penal de 1940 (sistema do duplo binário), passou a ter por destinatários apenas os inimputáveis total ou parcialmente acometidos de transtorno mental (adoção do sistema vicariante) após a reforma penal de 1984.

O trabalho do psiquiatra forense era dirigido exclusivamente à identificação da capacidade tanto de consciência quanto de autodeterminação e revelado por respostas curtas binárias.

Um século depois, argumenta-se que a psiquiatria forense é "a interface entre a Psiquiatria e o Direito e, psiquiatra forense, o profissional que atua nesse domínio" (TABORDA; ARBOLEDA-FLORÉZ, 2006). É "a psiquiatria a serviço da Justiça, aplicada a indivíduos supostamente portadores de transtorno mental que transgridem a lei". O psiquiatra forense deve ater-se "em responder apenas o que lhe é indagado através dos quesitos, não cabendo o papel de investigar, julgar ou condenar, área de atuação da justiça" (RIBEIRO; CORDEIRO; CABRAL FILHO, 2013, p. 245-247). O exame psiquiátrico clínico fornece base e fundamento ao exame psiquiátrico forense, mas se distingue pela finalidade da avaliação realizada, pois "o profissional deve ater-se aos quesitos que lhe forem apresentados, evitando ir além e dar uma abrangência indevida a sua atividade" (ABDALLA-FILHO, 2016, p. 197). A relação com o paciente "é uma forma muito singular de prática da medicina [...] não visa em absoluto que da intervenção médica decorra qualquer benefício para a pessoa examinada" (TABORDA; ARBOLEDA-FLÓREZ, 2006). O sujeito não está ali em busca de cura, e o objetivo do perito forense não é curá-lo, mas obter informação científica, que será entregue aos agentes da justiça (FOLINO, 2005).

Essas formulações, separadas por um século, indicam que a perícia forense tem por balizas os quesitos dos profissionais do direito, bem como a clara distinção entre as funções clínica e forense da psiquiatria. A primeira voltada ao tratamento do insano mediante as alternativas terapêuticas, enquanto a segunda como instrumento de investigação para auxiliar a decisão judicial.

Essa estabilização revela um saber psiquiátrico contido pela moldura cognitiva fixada pelo direito. É contenção que desafia a diferenciação funcional havida em favor da psiquiatria, dificultando que o conhecimento psiquiátrico provoque o sistema jurídico a ajustar-se às demandas de um movimento reformador que demorou mais de 30 anos[13] para sensibilizar o mundo da política com impactos na legislação federal brasileira.

A postura antimanicomial *na execução da medida de segurança* recomendada pelas Resoluções 5/2004 e 4/2010 do Conselho Nacional de Política Criminal e

13. As pesquisas sobre o tratamento psiquiátrico asilar no Brasil registram que várias demandas pela extinção do modelo hospitalocêntrico do tratamento dos transtornos mentais ocorreram a partir de 1970 (CARDOSO, 2014; PESSOA JÚNIOR, 2016; TENÓRIO, 2002; MATHES, 2010).

Penitenciária – CNPCP, pela Resolução 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e pela Recomendação 35/2011, também do CNJ, deve ter início no incidente de insanidade mental no curso da ação penal. Não se justifica excluir o incapacitado com base em conhecimento autolimitado para, depois, investigar, em sede de execução, se o paciente deve ser beneficiário de ambiente mais propício à recuperação da saúde e à reinclusão social. Os instrumentos da investigação tardia serão os mesmos, mas o paciente sujeito à aferição pericial não será o mesmo após meses ou anos internado em manicômio judicial.

4. Os quesitos nos incidentes de insanidade mental: instrumentos de contenção da Reforma Psiquiátrica?

> "O periciando apresenta um quadro de hebefrenia, esquizofrenia que se inicia na juventude e seu prognóstico é extremamente reservado, apresenta abolidas suas capacidades de entendimento e autodeterminação, não sendo capaz de reger sua pessoa ou de administrar seus bens. No grau em que está, os tratamentos que dispomos no estágio atual da medicina são ineficazes. Deverá permanecer na ATP, e ser medicado com antipsicóticos com a finalidade de entorpecê-lo e assim diminuir sua possibilidade de cometer ilícitos, visto que expressa seu desejo de matar."[14]

A legislação brasileira determina que, se "houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará" a submissão do acusado a exame médico-legal (art. 149 do Código de Processo Penal – CPP). O juiz do incidente de insanidade poderá formular quesitos e oferecerá às partes a oportunidade de também fazê-lo (art. 176). O laudo registrará, de forma conclusiva, se o acusado era irresponsável ao tempo da infração (art. 151). O CPP não fixa quesitos necessários, seja para o juiz, seja para as partes[15].

14. Conclusão de laudo pericial psiquiátrico produzido em abril de 2015 sobre paciente morador de rua, sem familiares conhecidos, dependente químico, preso pela prática de tentativa de homicídio.

15. O art. 159 do Código de Processo Penal Militar lista quesitos obrigatórios: a) se o indiciado, ou acusado, sofre de doença mental, de desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b) se no momento da ação ou omissão, o indiciado, ou acusado, se achava em algum dos estados referidos na alínea anterior; c) se, em virtude das circunstâncias referidas nas alíneas antecedentes, possuía o indiciado, ou acusado, capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento; d) se a doença ou deficiência mental do indiciado, ou acusado, não lhe suprimindo,

Essas regras demandam quatro indagações sobre o estado do agente ao tempo do fato ilícito, as quais, em conjunto, cobrem o enunciado do art. 26 do Código Penal – CP sobre a imputabilidade do agente: 1) era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?; 2) era parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato?; 3) era inteiramente incapaz de determinar-se de acordo com o entendimento?; 4) era parcialmente incapaz de determinar-se de acordo com o entendimento?

As pretensões humanitárias da Reforma Psiquiátrica exigem que se busque identificar tratamento pelos meios menos invasivos, preferencialmente em serviços comunitários de saúde mental, para que a internação, em qualquer de suas modalidades, só ocorra quando insuficientes os recursos extra-hospitalares (art. 2º da Lei 10.216/2001). Aqueles quesitos buscam o conhecimento mínimo necessário à decisão judicial e mostram-se incompatíveis com as exigências da Reforma Psiquiátrica, pois não proporcionam as informações multidisciplinares necessárias às decisões sobre a inimputabilidade e sobre eventual tratamento e destino do réu inimputável. A aferição dos quesitos concretamente formulados pelos profissionais do direito permitirá avaliar, portanto, se as indagações contemporâneas permanecem limitadas à moldura secular, comportamento que constituiria evidente obstáculo à Reforma no âmbito penal.

4.1. Os quesitos dos juízes

Embora o TJDFT não tenha expedido recomendação aos juízos criminais sobre a política antimanicomial nos casos de insanidade mental incapacitante, devem ser consideradas as orientações contidas na Resolução 113, de 2010, e na Recomendação 35, de 2011, ambas do CNJ, que promovem a adoção da política antimanicomial da Lei 10.216/2001, atos que sanaram parcialmente a omissão no Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal (BRASIL, 2009) editado pelo CNJ. Coletar e analisar os quesitos formulados pelos magistrados permitirá identificar de que forma os magistrados articulam o saber não jurídico (heterorreferências) em seus processos decisórios (LUHMANN, 2005).

Dos 14 pesquisados, apenas 3 juízos formulam quesitos ordinariamente, mas com diversidade quantitativa e qualitativa na quesitação. A esses são adicionados

diminuiu-lhe, entretanto, consideravelmente, a capacidade de entendimento da ilicitude do fato ou a de autodeterminação, quando o praticou. A sugestão legal de quesitos provocadores da intervenção pericial multiprofissional favoreceria a consolidação do impulso reformador da Lei 10.216/2001 na prática forense.

quesitos formulados por promotores e defensores. Os outros 11 juízos pesquisados não formulam quesitos, intimam as partes para que estas ofereçam aqueles que julgarem necessários, com posterior encaminhamento à perícia, comportamento que impõe as desvantagens descritas adiante. Nenhuma das três quesitações formuladas associou o incidente de insanidade à política antimanicomial ou à Lei 10.216/2001.

Uma das quesitações judiciais apresenta apenas duas indagações que versam exclusivamente as condições de inimputabilidade do art. 26 do CP. As outras duas quesitações contêm sete indagações quase idênticas, sendo os seis primeiros quesitos variações das condições de inimputabilidade do art. 26 do CP, enquanto o sétimo indaga se o quadro clínico ou a natureza da patologia exige internação hospitalar. Não se esclarece que a referida internação hospitalar somente deverá ocorrer na ausência de solução extra-hospitalar, tampouco que não deverá ter natureza asilar (§ 3º do art. 4º da Lei 10.216/2001). Nenhum dos quesitos indaga sobre alternativas terapêuticas para as causas de incapacidade mencionadas.

Após a Lei 10.216/2001, a investigação pericial deve ser provocada por meio de quesitos capazes de proporcionar cognição e decisões ajustadas à Reforma. O magistrado deve instituir o incidente de insanidade e utilizar-se dos meios necessários a assegurar o mais amplo conhecimento para a mais adequada resposta penal ao mentalmente incapaz. Os quesitos são as indagações necessárias e suficientes para a elucidação das dúvidas relacionadas à suspeita de inimputabilidade penal, bem como indicam aos peritos a extensão da investigação a ser realizada, a eventual natureza interdisciplinar da investigação e o nível de detalhamento necessário às respostas.

A ausência da quesitação do juiz concentra, nas partes, o ônus de investigar matéria juridicamente indisponível, e a eventual intervenção saneadora realizada após o laudo favorece as sequelas decorrentes da demora na prestação jurisdicional, danosa para o periciado e respectivo entorno social. A ausência de perguntas sobre alternativas terapêuticas, duração do tratamento, recursos disponíveis no local de tratamento, apoio familiar e demais elementos necessários à produção de laudo pericial multiprofissional compromete a intervenção não asilar preconizada pela Lei 10.216/2001.

Diante dos quesitos formulados e da inércia em oferecê-los, não se observa nos juízos pesquisados esforço de alerta aos peritos acerca da necessidade de adequação da avaliação pericial à política antimanicomial, fato que pode estar relacionado à conhecida prática pericial de afirmar a necessidade de internação em local de onde não se conseguirá evadir.

Embora os quesitos judiciais propiciem o conhecimento necessário à decisão sobre a inimputabilidade, não esclarecem sobre alternativas terapêuticas disponíveis e condições materiais da internação eventualmente sugerida para a patologia identificada. Essa cognição é necessária, sobretudo após mais de oito anos da edição da Recomendação 35/2011 do CNJ. Caso contrário, restará ao juízo a aplicação estrita do art. 97 do CP e a produção de decisão indiferente aos direitos previstos no art. 2º da Lei 10.216/2001, o que a reforma pretendeu evitar.

4.2. Os quesitos dos promotores de justiça

A pesquisa não encontrou recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a adoção da política antimanicomial nas atividades ministeriais penais relativas aos portadores de transtorno mental, mas identificou que alguns manuais de atuação funcional divulgados por instituições estaduais brasileiras sugerem quesitos a serem empregados nos incidentes de insanidade mental no âmbito penal.

Nos Manuais pesquisados, as orientações são inexistentes ou tímidas quanto à observância das diretrizes da política antimanicomial no subsistema jurídico-penal. As sugestões do Ministério Público de Minas Gerais (Minas Gerais, 2015), por exemplo, apresentam quesitos acerca da inimputabilidade com redações semelhantes e não formulam qualquer indagação que sugira atenção à política antimanicomial.

Os Manuais dos Estados de Paraná (Paraná, 2009), São Paulo (São Paulo, 2010) e Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, 2009) sugerem conjuntos de quesitos muito semelhantes. De dois a quatro quesitos indagam sobre as excludentes do art. 26 do CP, e quesitos adicionais indagam se a periculosidade apresentada pelo acusado enseja internação ou tratamento ambulatorial, bem como a duração de tal internação ou tratamento. Os Manuais de São Paulo e Paraná se diferenciam por trazerem expressa referência à Lei 10.216/2001, com a recomendação de que os direitos previstos na Lei sejam considerados pelos promotores. Não há, entretanto, proximidade dessa recomendação às sugestões de quesitos para os incidentes de insanidade mental no âmbito penal.

Nos manuais de São Paulo, Paraná e Rio de Janeiro, há expressa sugestão de vinculação do tipo de tratamento à periculosidade do paciente, embora essa categoria seja construída a partir de avaliações marcadas pela subjetividade do examinador (CIA, 2017; RIBEIRO; CORDEIRO, 2013) e considerada estruturada para excluir do convívio social, pelo maior intervalo de tempo possível, os portadores de condições biopsicopatológicas seletivamente consideradas de risco (BRANCO, 2016, p. 270).

No Distrito Federal, não identificamos proposição institucional do MPDFT sobre quesitos de insanidade mental ou política antimanicomial no Manual de Atuação dos Promotores Criminais (BRASIL, MPDFT, 2004). Promotoras de justiça lotadas na Vara de Execuções Penais, entretanto, produziram, em 2013, um documento chamado "Notas Sobre a Execução da Medida de Segurança de Internação no DF" (VARALDA; DUARTE, 2013), no qual sugerem a adoção de 15 quesitos mais adequados à política antimanicomial.

As manifestações do MP nos incidentes de insanidade mental pendentes de perícia, selecionadas para análise, variaram tanto na quantidade – entre 5 (cinco) e 15 (quinze) quesitos – quanto na qualidade dos quesitos. Todas as manifestações apresentaram subconjuntos de quesitos centrados nas duas causas de inimputabilidade do art. 26 do CP, embora desdobradas entre 3 (três) e 8 (oito) quesitos.

A periculosidade foi objeto de 9 das 14 quesitações analisadas, sempre em quesito independente. Essa disparidade sugere mudanças nas provocações do MPDFT quanto à periculosidade como categoria condutora do tratamento ao infrator mentalmente incapaz. Sinaliza, todavia, ser majoritária a aceitação não crítica de laudos que repetem a exposição de motivos do CP de 1940 e afirmam que a periculosidade é vinculada ao transtorno mental. Sem superar esse obstáculo que impede a investigação profunda e crítica, a solução subsequente à identificação da insanidade será a imposição ou manutenção da medida de segurança de internação asilar, pois: se houver insanidade mental, haverá perigo; se houver perigo, o louco perigoso deverá ser excluído para sempre ou até que cesse a loucura que evidencia objetivamente o perigo. O debate que ocorre há mais de duas décadas no campo psiquiátrico sobre a eventual substituição do questionamento acerca da periculosidade pela avaliação do risco de comportamento violento como categoria a ser investigada, na qual o transtorno mental figura apenas como mais um dos elementos investigados.

A quesitação que demanda intervenção multiprofissional, conforme recomendado pela Reforma[16], aparece em alguns dos casos. Embora 9 dos 14 conjuntos de quesitos apresentassem indagação acerca do tratamento (hospitalar ou ambulatorial), apenas 3 (três) incluíram quesito com indagação sobre estimativa do tempo de tratamento. Apenas 1 (uma) inseriu quesitos sobre possibilidade de tratamento em CAPS ou Hospital-dia e de integração de familiares,

16. O art. 4º, § 2º, da Lei 10.216/2001 assegura ao paciente o acesso a tratamento multidisciplinar.

desdobrou-se em 15 (quinze) quesitos, cobrindo desde a investigação do transtorno incapacitante, passando pelas alternativas terapêuticas e chegando à convocação familiar, mostrando-se capaz de estimular a produção de laudo pericial com ampla abertura cognitiva, o que sugere atenção de alguns membros do MP aos desafios impostos pela Reforma Psiquiátrica. Nenhuma das quesitações solicitou laudo psicológico, de assistência social ou de outro saber capaz de proporcionar cognição mais ampla e favorecer seleção de solução terapêutica menos excludente.

A análise documental sugere, portanto, foco específico no juízo da inimputabilidade, não direcionado aos elementos periciais para a decisão referente à intervenção terapêutica sobre o incapacitado. Sugere, também, insensibilidade à rede assistencial de saúde mental construída nas últimas décadas no DF como resultado da Reforma Psiquiátrica. Além disso, o pouco interesse em convocar saberes como o assistencial e o psicológico, bem como em convocar a participação de familiares do periciando, medidas expressamente sugeridas pelos instrumentos da política antimanicomial, sugere a dificuldade em categorizar intervenções que desafiam dois séculos de medicalização da loucura.

4.3. Os quesitos dos defensores

As manifestações da defesa, embora complementares àquelas dos juízes e dos promotores, não suprem a totalidade das deficiências já identificadas. Foi possível observar que as manifestações defensivas nos incidentes em curso no início de 2018 também apresentaram quesitos que variaram em número e qualidade. Foram colhidas 15 (quinze) quesitações em 14 (catorze) juízos. A maior parte, 9 (nove) do total, foi produzida por defensores públicos do DF. Três quesitações tiveram origem em núcleos de prática jurídica de universidades diferentes localizadas no DF. Três quesitações foram produzidas por advocacia contratada.

Os quesitos formulados por defensores públicos mostraram-se quantitativa e qualitativamente mais ajustados à Reforma do que os formulados por patrono particular ou núcleos de prática jurídica. Todos os quesitos da Defensoria Pública incluíram, além daqueles sobre a incapacidade total ou parcial ao tempo do fato criminoso (art. 26 do CP), indagações sobre o tipo de tratamento psiquiátrico e expectativa quanto aos resultados, bem como sobre a possibilidade de tratamento ambulatorial, a possibilidade/vantagem da participação da família e sobre a utilidade do uso da rede CAPS e de Hospital-dia do DF, conjunto de categorias cuja relevância já foi explorada.

Um primeiro ponto questionável é o fato de todas as manifestações incluírem indagação que associou a periculosidade ao transtorno mental incurável e à internação nos seguintes termos:

> "Se a periculosidade do paciente está associada ao transtorno mental e sua doença é considerada incurável, é possível realizar o tratamento de forma ambulatorial, com uso das medicações e vinculado a tratamento em regime de hospital-dia?"

O quesito parece sinalizar que a Defensoria Pública, como instituição, acolhe, como resposta juridicamente aceitável e não violadora de direitos fundamentais do incapacitado, a medida de segurança de internação como instrumento de controle da periculosidade, esta considerada característica do transtorno mental incapacitante. Sugere que a periculosidade do incapacitado mental é acolhida pela Defensoria como categoria clinicamente validada no campo, conclusão que é objeto de disputa no âmbito da psiquiatria forense, no qual se alerta sobre a dificuldade de previsão do risco de ação violenta futura a partir de exames clínicos (ABDALLA-FILHO, 2004; BARBOSA, 2016; VENTURINI, 2016).

Outro dos quesitos da Defensoria Pública indaga: *Em caso de ser constatada a semi-imputabilidade em decorrência de dependência química grave, é possível o paciente cumprir pena no sistema comum e ser acompanhado pela equipe de saúde do estabelecimento?* O questionamento não é acompanhado de elementos explicativos da finalidade e interpela o leitor sobre qual vantagem terapêutica seria alcançada ao se manter pessoa parcialmente incapacitada pela "dependência química grave" no cumprimento de pena em instalações prisionais e ali submetida a tratamento ambulatorial obrigatório. Indaga-se se a Defensoria Pública associa que existem pessoas parcialmente incapacitadas por dependência química em cumprimento de pena, e que tal situação pode mostrar-se mais vantajosa para o incapaz porque será mantido em custódia no máximo durante o prazo fixado na sentença e beneficiário de progressão, livramento condicional, comutação e indulto, benefícios que não alcançam as medidas de segurança. Se esse for o caso, sugerem-se reflexões. Primeiro, porque uma estrutura prisional considerada em estado de coisa inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF (BRASIL, 2015) seria avaliada como apta ao tratamento médico de semi-imputáveis. Segundo, porque sugere renúncia à luta pela extensão de direitos típicos da execução penal àqueles submetidos às medidas de segurança.

De qualquer modo, o fato de os quesitos formulados pela Defensoria guardarem semelhança substancial indica que os membros da Instituição, embora sem orientação formal, adotam quesitação mais compatível com a complexidade

agregada pela Reforma Psiquiátrica, ainda que sem explorar todo o potencial interdisciplinar da perícia e eventualmente agregando quesitos que mereceriam abandono ou sólida explanação justificadora.

As demais quesitações ficaram aquém daquelas produzidas pela Defensoria Pública em termos quantitativos e qualitativos. O conjunto de quesitos produzidos por advogados contratados revelou-se limitado à presença das causas de inimputabilidade total ou parcial (art. 26 do CP). Consulta informal junto à OAB-DF mostrou não haver orientação institucional acerca da matéria. Os três conjuntos de quesitos formulados por Núcleos de Prática Jurídica distintos revelaram harmonia na simplicidade da quesitação, concentração nas causas de inimputabilidade e desconsideração da complexidade agregada pela Reforma Psiquiátrica. Esses resultados sugerem que tanto a advocacia quanto a academia encontram dificuldades para transformar os achados dos debates acadêmico e forense em intervenções judiciais capazes de contribuir para a implantação da programação reformadora.

5. Conclusões

Ao deixarem sob responsabilidade das partes as indagações sobre a ocorrência da inimputabilidade e sobre outros elementos fáticos necessários à resposta penal ao vitimado pelo transtorno mental incapacitante, os juízos criminais pesquisados adotam postura não diretiva, que favorece a aplicação estrita do art. 97 do Código Penal, incompatível com a Reforma Psiquiátrica de 2001 e com a Recomendação 35/2011 do CNJ.

Ao não adotarem procedimento de quesitação ajustada à complexidade da Reforma Psiquiátrica, as promotorias do DF não contribuem para a identificação da resposta terapêutica compatível com as necessidades e os direitos fundamentais do sentenciado. As indagações são capazes de conduzir à primeira parte da decisão, referente à inimputabilidade, mas insuscetíveis de proporcionar suficientes elementos fáticos diretores da necessária decisão subsequente sobre o que fazer com o declarado inimputável. Não surpreende, portanto, a opção de aplicação do enunciado legal do art. 97 do CP, que associa a internação/tratamento ambulatorial e a duração ao tipo penal imputado.

A quesitação apresentada pela Defensoria Pública revela-se mais ajustada à Reforma e sugere esforço institucional de implantação da política de desinternação nos termos da Lei 10.216/2001. É esforço que minora os problemas identificados nas formulações de juízes e promotores. Contudo, ao adotar quesitos que reforçam o papel da periculosidade como categoria diretora das internações,

indica dificuldade para ultrapassar obstáculo que reforça a caracterização da periculosidade como atributo objetivo do transtorno mental, e, contraditoriamente, favorece a continuidade do modelo que a Reforma pretendeu modificar.

Os achados da pesquisa desvelam que, passados mais de 17 anos de vigência da Lei 10.216/2001 e 8 anos da edição da Recomendação 35/2011, a variação programática anunciada pela Reforma não foi devidamente implementada. Ajustes das práticas de magistrados, promotores e defensores, bem como das instâncias envolvidas, podem superar obstáculos evidenciados pelos números apresentados no início deste texto.

Primeiramente, em razão do dever funcional de dirigir o processo e sanear-lhe as falhas, os magistrados não devem se limitar a encaminhar à perícia forense, sem prévio juízo crítico, os quesitos formulados por promotores e defensores. Antes, deve haver avaliação detalhada do teor dos quesitos formulados e da adequação destes à política antimanicomial. A quesitação do juízo, sem perder a natureza complementar, deverá ser corretiva e exauriente das alternativas sugeridas pela Reforma e reclamadas pelo caso concreto. Instruído pelo conhecimento dos recursos disponíveis na rede de saúde mental do DF (ou de qualquer outra unidade da federação brasileira), o juiz poderá provocar a produção de manifestação pericial que esclareça detalhadamente aspectos da resposta terapêutica reclamada pelo periciando. Além disso, ainda que o saber psiquiátrico permaneça imprescindível ao diagnóstico do transtorno mental, a Reforma requer a participação de outros saberes, como da psicologia e da assistência social, por exemplo, cujos profissionais encontram-se ordinariamente presentes na estrutura funcional tanto do Tribunal de Justiça do DF e Territórios quanto do Ministério Público do DF e Territórios, além de todos aqueles que atuam nos CAPS e demais instâncias da rede de saúde mental[17] do DF. Demandar laudos periciais desses profissionais poderá evitar que pacientes sejam submetidos a solução asilar que somente será revista, em regra, após decorrido um ano ou mais, momento em que danos decorrentes da internação desnecessária poderão estar consolidados. Semelhantes cuidados devem ser adotados por promotores e defensores.

A combinação desses deveres justifica que as três instâncias atuantes, com a defesa duplamente representada pela Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil, construam protocolo de investigação da insanidade mental incapacitante nos casos de infração penal. A prática de adoção de protocolos de

17. A rede de saúde mental aqui referida, compatível com a política antimanicomial, excluiria as instituições totais, como o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP, a Ala de Tratamento Psiquiátrico – ATP e o Hospital Psiquiátrico fechado.

atuação não é nova. O Brasil já adota, por exemplo, o Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura (BRASIL, 2014), objeto da Recomendação 49 do CNJ. Esse Protocolo exige que a perícia trabalhe preferencialmente em equipe multiprofissional e com uso de exames psiquiátricos, psicológicos, e toxicológicos, entre outros, bem como sugere a "reforma imediata dos quesitos" que serão respondidos pelos peritos para adequação à lei de regência. Além disso, sugere que os profissionais envolvidos recebam treinamento específico acerca da política que orienta a atuação pericial, ou seja, conhecimento preciso da política pública que se deseja alcançar por meio daquela intervenção estatal. Um protocolo semelhante para os incidentes de insanidade mental poderia contribuir para a solução de alguns dos problemas identificados na pesquisa.

6. Referências bibliográficas

ABDALLA-FILHO, Elias. Avaliação de risco de violência em psiquiatria forense. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, v. 31, n. 6, p. 279-284, 2004.

ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de B. *Psiquiatria forense de Taborda*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.

ALMEIDA, Francis M. de. Esboço de psiquiatria forense de Francisco Franco da Rocha. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 151-165, 2008.

BARBOSA, Nasser H. O mito da periculosidade e as medidas de segurança. In: VENTURINI, E.; OLIVEIRA, R. T.; MATTOS, v. (Org.). *O louco infrator e o estigma da periculosidade*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

BASSO, Priscilla M. Crime e loucura: a psiquiatria forense e a medicalização da periculosidade criminal. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*, 2017. Disponível em: [www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf]. Acesso em: 07.08.2017.

BRANCO, Thaynara S. C. B. *Medidas de segurança no brasil*: o exercício do poder (penal) no âmbito da normalização terapêutica. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

CASTEL, Robert. *A ordem psiquiátrica*: a idade do ouro do alienismo. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

CARVALHO, Salo de; BRASIL, Mariana de A. e W. Reflexões iniciais sobre os impactos da Lei 10.216/2001 nos sistemas de responsabilização e de execução penal. *Responsabilidades*: Revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 285-304, 2013.

CHAVES, Fábio C. *Crime e loucura*: as relações entre a medicina e justiça penal no Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em História) – UNESP, Franca, 2010.

CORREIA, Ludmila C. et al. Direitos humanos no manicômio: problematizações em torno do acesso à Justiça. *Responsabilidades*: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 251-272, 2013.

DINIZ, Debora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*: Censo 2011. Brasília: Letras Livres, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Estado de Saúde.

DISTRITO FEDERAL. Subsecretaria do Sistema Penitenciário do Distrito Federal – SESIPE.

DUARTE, Sílvia L; GARCIA, Maria L. T. Reforma psiquiátrica: trajetória de redução dos leitos psiquiátricos no Brasil. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 13, n. 1, p. 39-54, 2013.

FOLINO, Jorge O. Una subespecialización psiquiátrica: la psiquiatria forense. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, Bogotá, v. XXXIV, supl. 1, p. 129s-148s, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.

FRADELLA, Henry F.; SMITH-CASEY, Rebeca. Criminal justice responses to the mentally ill. In: MALLICOAT, Stacy L.; GARDINER, Christine L. (Org.). *Criminal Justice Policy*. London: SAGE, 2016. p. 201-224. Disponível em: [https://uk.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/58429_Chapter_13.pdf]. Acesso em: 12.04.2018.

GARBAYO, Juliana; ARGÔLO, Marcos J. R. Crime e doença psiquiátrica: perfil da população de um hospital de custódia no Rio de Janeiro. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 247-252, 2008.

JACOBINA, Paulo v. *Direito penal da loucura*: medida de segurança e reforma psiquiátrica. Brasília: ESMPU, 2008.

JORGE, Miguel R.; FRANÇA, Josimar M. F. A associação brasileira de psiquiatria e a reforma da assistência psiquiátrica no Brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 3-6, mar. 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedade*. Ciudad de México: Herder Editorial, 2005.

MACHADO, Bruno A. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 45, p. 77-116, abr.-jun. 2012.

MACHADO, Bruno A.; MESSERE, Fernando L. de L. Loucura, direito penal e psiquiatria: programação jurídica entre ruídos e acoplamentos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 157, ano 27, p. 51-84, jul. 2019.

MACHADO, Roberto; LOUREIRO, Angela; LUZ, Rogerio; MURICY, Katia. *Danação da norma*: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MATTOS, Virgílio de. Por que ainda existem os manicômios? In: VENTURINI, E.; OLIVEIRA, R. T.; MATTOS, v. (Org.). *O louco infrator e o estigma da periculosidade*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 62-74.

OLIVEIRA, Gustavo C.; MECLER, Kátia; CHALUB, Miguel; VALENÇA, Alexandre M. O exame de verificação da cessação de periculosidade: a importância da avaliação ampliada em um caso com conclusão contrária ao parecer da equipe assistente. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 322-341, jun. 2016.

PERES, M. F. T.; NERY FILHO, A. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde*: Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-355, maio-ago. 2002.

PRADO, Alessandra M.; SCHINDLER, Danilo. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 2, p. 628-652, maio-ago. 2017.

RESENDE, Pedro V.; MACIEL, Wellington C. Medida de segurança como questão de saúde no Distrito Federal e a (des)construção da quesitação penal pelos agentes institucionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 144, ano 26, p. 475-500, jun. 2018.

RIBEIRO, Rafael B.; CORDEIRO, Quirino. Avaliação de risco do paciente em medida de segurança. In: CORDEIRO, Q.; LIMA, M. G. A. de (Org). *Medida de segurança*: uma questão de saúde e ética. São Paulo: CREMESP, 2013. p. 143-156. Disponível em: [http://saudedireito.org/wp-content/uploads/2013/11/Livromedidaseguranca.pdf]. Acesso em: 18.09.2018.

ROVINSKI, Sônia L. R. *Fundamentos da perícia psicológica forense*. São Paulo: Vetor, 2007.

TABORDA, José G. V.; ARBOLEDA-FLÓREZ, Júlio. Ética em psiquiatria forense: atividades pericial e clínica e pesquisa com prisioneiros. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, supl. 2, p. s86-s92, out. 2006.

TABORDA, José G. V.; TELLES, Lisieux E. de B.; COSTA, Gabriela de M. A reforma da atenção psiquiátrica e a criminalização do doente mental. In: CORDEIRO, Q.; LIMA, M. G. A. de (Org.). *Medida de segurança*: uma questão de saúde e ética. São Paulo: CREMESP, 2013. p. 87-106.

TORREY, E. F. et al. *More mentally ill persons are in jails and prisons than hospitals*: a survey of the States. National Sheriffs Association and Treatment Advocacy Center, 2010. Disponível em: [www.sheriffs.org/sites/default/files/uploads/Final%20Jails%20v%20Hospitals%20Study.pdf]. Acesso em: 20.10.2018.

VALENÇA, Alexandre M.; MORAES, Talvane M. de. Relação entre homicídio e transtornos mentais. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, supl. 2, p. s62-s68, 2006.

VARALDA, Cleonice M. R.; DUARTE, Helena M. *Notas sobre a execução da medida de segurança de internação no DF*. Brasília: MPDFT, 2013.

VELLOSO, Renato R. et al. Medida de segurança e a possibilidade de reclusão perpétua. In: CORDEIRO, Q.; LIMA, M. G. A. de (Org.). *Medida de segurança*: uma questão de saúde e ética. São Paulo: CREMESP, 2013.

VENTURINI, E. Diga o perito se a Justiça é capaz de entender e querer: o poder da normalização dos anormais. *Responsabilidades*. Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 237-250, 2013.

VENTURINI, E. Manicômios judiciários: uma saída. In: VENTURINI, E.; OLIVEIRA, R. T.; MATTOS, v. (Org.). *O louco infrator e o estigma da periculosidade*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016. p. 62-74.

WEIGERT, Mariana de A. B. E. *Entre silêncios e invisibilidades*: os sujeitos em cumprimento de medidas de segurança nos manicômios judiciários brasileiros. Tese (Doutorado em Psicologia Social e Institucional) – UFRGS, Porto Alegre, 2015.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O estatuto da pessoa com deficiência e seu reflexo no exame pericial de incidente de insanidade mental, de Delmes Rodrigues Feiten e Michelle Gangana Duarte – *RBCCrim* 144/61-80 (DTR\2018\14286); e
- Uma breve aproximação das questões e processos incidentes no sistema processual penal brasileiro e as garantias constitucionais, de Ângelo Roberto Ilha da Silva – *Ciências Penais* 3/198-211, *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 6 (DTR\2011\2122).

A penalização do protesto sob o neoliberalismo: administrando a resistência por meio da punição

The penalization of protest under neoliberalism: managing resistance through punishment

Ignacio González Sánchez

Doutor em Sociologia pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Especialista em Criminologia pela Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Especialista em Análise de Dados pelo Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Professor da Faculdade de Direito da Universitat de Girona (UDG).
https://orcid.org/0000-0003-2274-1582
nacho.gonzalez@udg.edu

Manuel Maroto Calatayud

Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Especialista em Investigação Social Aplicada e Análise de Dados pelo Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Professor da Faculdade de Direito da Universidad Complutense de Madrid (UCM). https://orcid.org/0000-0003-3785-0802
manumaro@ucm.es

Traduzido por:

Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena

Doutoranda em Ciências Criminais (PUC-RS). Mestra em Ciências Jurídicas (UFPB). Especialista em Ciências Criminais (UNIPÊ) e em Direitos Humanos, Econômicos e Sociais (ESMA-PB/UFPB).
https://orcid.org/0000-0002-5304-693X
mariana_nobrega_@hotmail.com

Ney Fayet de Souza Júnior

Pós-Doutor em Criminologia (Universitat Pompeu Fabra) e História (UFRGS). Doutor em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado.
https://orcid.org/0000-0001-5573-400X
neyjr@fayet.adv.br

Sánchez, Ignacio González; Calatayud, Manuel Maroto. A penalização do protesto sob o neoliberalismo: administrando a resistência por meio da punição. Trad. por Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena e Ney Fayet de Souza Júnior. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 163. ano 28. p. 421-448. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2020.

Áreas do Direito: Fundamentos do Direito; Penal

Resumo: A repressão aos protestos antiausteridade na Espanha, de 2011 a 2014, é um exemplo de como o desenvolvimento do neoliberalismo é amparado pelo sistema penal, na medida em que *limita a resistência política* voltada à imposição de relações de trabalho precárias e cortes sociais. As restrições impostas à resistência política são tanto materiais (consistindo na proibição a ações típicas do repertório de resistência dos movimentos sociais) quanto simbólicas (consistindo em transformar o sentido do que é legítimo na política, impondo novas definições legais e políticas). Este estudo de caso pretende ilustrar as imbricações entre mercado de trabalho, políticas sociais e a repressão aos protestos sociais, e elaborar, a partir da perspectiva de Wacquant, uma relação entre punição e outras instituições sociais. São nesses momentos de crise política e econômica que as interconexões institucionais parecem particularmente expostas, exigindo, sem dúvida, análises mais profundas.

Palavras-chave: Neoliberalismo – Movimentos sociais – Wacquant – Punição – Resistências.

Abstract: The repression of anti-austerity protests in Spain from 2011 to 2014 constitutes an example of how neoliberal developments are facilitated by the penal system as it limits political resistances to the imposition of precarious working conditions and social cuts. The limits imposed on contentious politics are both material (consisting of banning acts that are prominent in social movement's repertoire of contention, fining demonstrators, etc.) and symbolic (consisting of transforming the meaning of legitimate politics by imposing new legal and political definitions). This case study is used to illustrate the interconnection between labor markets, social policies and the repression of social protest, and to elaborate on Wacquant's approach to the relationship between punishment and other social institutions. It is at such times of political and economic crisis when institutional interconnections seem particularly exposed, arguably enabling more profound analyses.

Keywords: Neoliberalism – Social Movements – Wacquant – Punishment – Resistances.

Sumário: Introdução. 1. Punição, neoliberalismo e protesto social: um quadro para análise. 1.1. Políticas penais não são exclusivamente uma resposta a mudanças nas taxas de criminalidade. 1.2. Políticas penais estão ligadas a políticas sociais. 1.3. Os efeitos das políticas penais são tanto materiais quanto simbólicos. 1.4. A punição não é só repressiva, é também produtiva. 1.5. Algumas críticas à abordagem de Wacquant. 2. A criminalização dos protestos antiausteridade na Espanha. 2.1. Produção legislativa: aumento da extensão dos poderes de sanção criminal e administrativa. 2.2. Controle policial: identificações e expansão do orçamento em tempos de crise. 2.3. Discurso político: repressão produtiva e categorização social. 3. Repressão política numa Democracia: o sistema penal como complementar às políticas sociais e trabalhistas. 3.1. Resistências e teorias da punição. Conclusões. Referências.

Introdução

Desde[1] o início da grande crise de 2008, a Espanha vem passando por profundas transformações sociais e políticas, em razão de ter sido um dos países do sul

1. Este artigo foi originalmente publicado em Crime, Law and Social Change, novembro 2018, volume 70, edição 4, p 443-460. A pesquisa foi realizada no âmbito dos projetos

da Europa mais fortemente afetados pelas consequências dessa turbulência econômica. A resposta do governo espanhol à ameaça colocada pelas crises bancária, da dívida pública e do desemprego foi um incansável compromisso com políticas de austeridade e gigantes cortes orçamentários nos serviços sociais, por exigência de organizações internacionais, para o resgate bancário de 2012. A Espanha, a quinta maior economia da União Europeia, teve a segunda maior taxa de desemprego da Europa (25,7% em 2012; alcançando quase 60% para os menores de 25 anos em 2013) e mantém relativamente essa posição hoje em dia, mesmo depois de uma lenta melhora nas taxas de desemprego. A reconfiguração dos investimentos em serviços sociais incluiu mudanças sem precedentes na cultura política, tal como o fim da cobertura universal da assistência à saúde, o que, desde a transição para a democracia, no final dos anos 1970, era uma marca registrada da Espanha em comparação a outros aspectos do seu sistema de assistência social não tão desenvolvidos. Uma ampla reforma na legislação trabalhista, favorável às empresas, foi implementada em 2012, restringindo a negociação coletiva, tornando a demissão de trabalhadores mais barata e, em geral, promovendo uma maior "flexibilidade" nas relações de trabalho. Duas greves gerais foram convocadas antes do final de 2012.

As consequências políticas dessas mudanças no cenário econômico também foram perceptíveis. A desconfiança generalizada com o sistema político estabelecido e com o partido conservador agora no poder, largamente envolvido em escândalos de corrupção relacionados ao fundo partidário, propiciou um aumento extraordinário na intensidade e no escopo de propostas alternativas de cooperação social e reivindicação. Isso levou ao surgimento do movimento *Indignados* ou movimento *15-M* em 2011, um movimento antiausteridade único, composto por diversos movimentos sociais, grupos militantes (plataformas antidespejo, organizações estudantis e coletivos políticos, trabalhistas e sindicais) e setores da sociedade que nunca haviam atuado politicamente, mas estavam preocupados com o futuro. O movimento *Indignados* foi inspirado nos eventos da Primavera Árabe e, por sua vez, estimulou outros movimentos similares como o *Occupy Wall Street*, nos Estados Unidos, e o *Nuit Debout*, na França. Apesar de ser um movimento complexo e diverso, ele possui algumas questões em comum, como: contar com práticas de ação direta não violentas, a ocupação de espaços públicos e a criação de espaços inclusivos para a socialização política e a cooperação. Pesquisas de opinião pública mostraram que o movimento foi percebido de forma

de pesquisa DER2015-64403-P, DER2014-59743-P e HAR2016-75098-R, do Ministério da Economia e Competitividade espanhol.

positiva por uma surpreendente e consistente maioria da população espanhola, incluindo um número considerável de eleitores conservadores. Esse ciclo de mobilização durou de 2011 a 2014, e seu declínio coincidiu com o início de um novo período político mais voltado para a questão eleitoral, e que implicou em transformações importantes, como o surgimento de novos partidos políticos, desafiando o tradicional sistema bipartidário. Em 2015, várias leis (incluindo a nova "Lei de Proteção à Segurança Pública" e uma ampla reforma no Código Penal) introduziram severas sanções para algumas ações que eram corriqueiras nos recentes protestos. O fim desse ciclo de políticas de resistência correu também em paralelo a um processo complexo e diferenciado: a intensificação dos sentimentos pró-independência da Catalunha, em que a oposição ao governo central espanhol e o novo enfoque na política eleitoral convergiram para um movimento separatista cada vez mais forte, que conquistou a maioria no parlamento catalão pela primeira vez em 2015. Isso mais tarde levou a alguns episódios únicos em que a dissidência política foi reprimida (como a intervenção policial de 1º de outubro de 2017 para impedir o referendo de independência e a prisão de eminentes políticos catalães). Apesar de suas conexões com dinâmicas repressivas anteriores, esses episódios não serão aqui analisados, pois são apartados do ciclo anterior de mobilizações antiausteridade[2].

Este artigo considera a criminalização das manifestações antiausteridade, no período de 2011 a 2014, como parte de um processo mais amplo de desenvolvimento institucional neoliberal na Espanha. Um aspecto interessante desses protestos são as características sociais de seus participantes, que eram em grande parte jovens de classe média cujas perspectivas de vida haviam repentinamente piorado de forma significativa[3]. Apesar de se focar na repressão aos protestos em vez de na criminalização da pobreza, tenta-se aplicar e explorar algumas das análises realizadas por Wacquant em torno desta. Nesse caso, a punição afeta principalmente pessoas de classe média de ambos os gêneros, em vez de "jovens rapazes afro-americanos de classe baixa" (WACQUANT, 2009). Colocar o foco nas manifestações também permite uma análise mais específica da criminalização da

2. É interessante notar, por exemplo, que alguns líderes políticos catalães que agora são processados sob acusação de sedição e rebelião por causa de sua participação em atividades separatistas, estiveram envolvidos na concepção e na implementação de políticas neoliberais com base na austeridade, como os membros do partido que governou a Catalunha de 2010 a 2015.

3. Sobre características demográficas de manifestantes na Espanha, ver Jiménez Sánchez (2011).

resistência política às políticas neoliberais relacionadas a direitos trabalhistas e sociais. Essa abordagem também amplia uma questão mencionada por Wacquant, mas pouco desenvolvida em seus trabalhos: que a penalização europeia está sendo realizada pela polícia e pelos tribunais, em vez de na prisão, como nos Estados Unidos (WACQUANT, 2009, p. 20-21; 1999, p. 121-125).

A primeira seção do artigo delineará as "rupturas analíticas" de Wacquant para explorar os processos de penalização, incluindo: a) a ausência de uma correlação direta entre taxas de criminalidade e respostas punitivas (ou seja, o número de pessoas presas em um país); b) a existência de uma correlação entre o aumento de respostas punitivas e a diminuição das garantias sociais; c) a necessidade de considerar tanto os aspectos materiais quanto os simbólicos da criminalização; d) a natureza produtiva da penalidade. A última parte dessa seção resumirá e) algumas das principais críticas à abordagem de Wacquant, incluindo o possível exagero de sua concepção sobre a falta de conexão entre as taxas de criminalidade e o aumento da punição.

A segunda seção do artigo analisará a dinâmica da penalização em andamento relacionada aos protestos antiausteridade na Espanha. Aborda especificamente: a) as características e os efeitos das recentes reformas legais punitivas na Espanha, incluindo a alteração do Código Penal e do sistema de sanções administrativas (principalmente multas impostas diretamente pela polícia) sob o argumento de proteção à ordem pública; b) o uso intensivo de certas práticas policiais (identificações, paradas policiais, buscas e multas) e o aumento das despesas em unidades e em estrutura para a polícia de choque; e c) a produção de discursos políticos extremamente hostis aos protestos e a seus manifestantes.

Na terceira seção, as características da criminalização aos protestos antiausteridade na Espanha serão exploradas à luz da anterior discussão das "rupturas analíticas" de Wacquant. Será discutido que: a) as reformas legais não foram introduzidas com o objetivo de reduzir o crime, mas com o propósito de *definir* certas atividades que costumavam ser legais e legítimas como *ilegais*, *produzindo*, assim, *novas formas de ilegalidade*; b) que essa produção se encaixa visivelmente em uma agenda política mais ampla de reformas antitrabalhistas e de cortes de gastos sociais, e, portanto, o processo de penalização deve ser analisado em conexão com políticas sociais mais amplas de austeridade sendo postas em vigor na Espanha; c) que os efeitos da criminalização dos protestos são tanto materiais quanto simbólicos; d) que esses efeitos materiais e simbólicos são, em última instância, orientados para reafirmar a autoridade de uma concepção de Estado recém-produzida, na qual as funções de redistribuição do Estado de bem-estar foram retiradas para focar quase que exclusivamente nas funções de lei e ordem.

A seção concluirá, com algumas observações, sobre a importância de se apreciar as nuanças e a relevância de se analisar e) o papel das resistências em formatar e influenciar tanto os processos de penalização quanto a construção de uma sociedade neoliberal.

O artigo finaliza com a estipulação de que os processos de criminalização no neoliberalismo não devem ser considerados predeterminados, mesmo dentro da estrutura de Wacquant, e com a observação de que abordar a repressão das manifestações sociais pode ser importante para a revitalização do estudo da punição e da sociedade.

1. Punição, neoliberalismo e protesto social: um quadro para análise

Segundo Wacquant (2009), a política social, a qual vem decaindo desde os anos 1960, e a política penal, que vem crescendo em importância desde então, são dois lados da mesma moeda: a gestão da pobreza. Assim, à medida que os Estados Unidos se tornaram mais neoliberais, o Estado deu um giro da política social para a penal, enquanto exibia o espetáculo da luta contra o crime aos seus cidadãos. Essas mudanças de política envolvem transformações no tratamento, na imagem e no valor relacionado ao crime e aos criminosos.

Wacquant leva em consideração a evolução das taxas de encarceramento nos Estados Unidos desde 1973 como ponto de partida para sua análise. Antes disso, o número de presos permaneceu estável por algumas décadas e diminuiu ligeiramente durante os anos 1960. Wacquant mostra como, uma década depois, o número de presos começou a crescer inesperadamente: dobrou em dez anos e quadruplicou em 20. Além disso, modelos de policiamento mais agressivos foram introduzidos juntamente com políticas de tolerância zero. Durante as duas últimas décadas, no entanto, a criminalidade permaneceu estável e, em seguida, experimentou um ligeiro declínio. A que se deveu essa mudança? A uma reconfiguração do Estado e de suas missões, diz Wacquant. O projeto político do neoliberalismo provoca a remoção do Estado da economia, a diminuição do Estado social, a expansão do Estado penal (WACQUANT, 2009, p. 306-307) e o discurso da responsabilidade individual. Assim, esse aumento do encarceramento é visto como uma tentativa de conter os transtornos causados por duas importantes mudanças sociais: por um lado, o abandono do modelo fordista de trabalho assalariado e do compromisso keynesiano que, por sua vez, promove a insegurança social das classes baixas e médias por meio de novos empregos precarizados; e, por outro, a crise do gueto como instrumento de manutenção da ordem sociorracial depois dos movimentos pelos direitos civis nos anos 1960.

Contextualizando a teoria de Wacquant para os propósitos deste artigo, então, volta-se aqui para sua análise das instituições punitivas (WACQUANT, 2009, p. 287-288), que se sustenta nos quatro pontos básicos explorados a seguir.

1.1. Políticas penais não são exclusivamente uma resposta a mudanças nas taxas de criminalidade

O senso comum (e a teoria do direito) diz que, quando alguém comete um crime, o Estado o pune. Consequentemente, deve haver alguma relação entre a taxa de criminalidade e o número de pessoas presas em um país. Wacquant destaca a falta de conexão entre essas duas variáveis nos Estados Unidos: mas esse não é o único caso em que essa relação é mais indireta e complicada do que geralmente se supõe. Curiosamente, a relação entre essas duas variáveis está longe de ser constante, às vezes, sendo positiva, às vezes, negativa, às vezes, forte e, às vezes, fraca (ver LAPPI-SEPPÄLÄ, 2011). Por exemplo, o número de presos nas Espanha é sete vezes maior agora do que em 1975, enquanto o crime ligeiramente diminuiu, gozando de uma estabilidade geral nos últimos 20 anos. Houve uma forte correlação positiva durante os anos 1980 e uma fraca negativa desde os anos 1990 (ver CID e LARRAURI, 2009).

De acordo com Wacquant (2009), não é a criminalidade que mudou, mas a visão social sobre ela. Recorrer à prisão tem se tornado mais comum. Na Espanha, apesar das baixas taxas de criminalidade, as sentenças têm se tornado cada vez mais longas nos últimos 40 anos e estão atualmente entre as mais longas da Europa (AEBI; TIAGO; BURKHARDT, 2015). O desenvolvimento do Estado penal, como estipula Wacquant (2009), não responde a um aumento da insegurança penal ou criminal, mas a uma onda de insegurança social. Assim, a penalidade pode ser melhor compreendida se for vista como resultado de escolhas culturais e políticas, em que o sistema penal é reconceituado como instituição política central ao funcionamento do neoliberalismo.

1.2. Políticas penais estão ligadas a políticas sociais

"Não se pode descobrir as causas, modalidades e efeitos da hiperinflação carcerária sem vincular os desenvolvimentos no campo da justiça com as mudanças na política social." (WACQUANT, 2009, p. 99.) A política social e a política penal compartilham origens históricas. Elas tomaram a forma, como especialidades autônomas, do que outrora havia sido uma política comum: a gestão da pobreza urbana, que surgiu durante o processo de industrialização (CASTEL, 1995; ROTHMAN, 1971). De forma similar, as amplas mudanças ocorridas em ambas

as políticas até o final do século XX devem ser estudadas como mecanismos de resposta às perturbações introduzidas pelas políticas neoliberais. Nos Estados Unidos, houve uma surpreendente sincronia entre a redução do Estado de bem-estar social e o aumento das punições penais, mesmo que muitas das filosofias subjacentes e das formas organizacionais ainda perdurem.

Apesar de crime e punição não estarem correlacionados de forma constante, fortes correlações negativas foram registradas entre investimento em políticas sociais e previdenciárias e o número de pessoas presas (DOWNES; HANSEN, 2006; LAPPI-SEPPÄLÄ, 2008). Wacquant (2009) indica que as políticas sociais e penais devem ser consideradas em conjunto para que haja uma adequada compreensão de como a punição funciona e muda.

1.3. Os efeitos das políticas penais são tanto materiais quanto simbólicos

A superação da convencional oposição entre análises materialistas e análises simbólicas é o terceiro pilar básico da abordagem de Wacquant. A punição é uma instituição social complexa (GARLAND, 1990); portanto, limitar sua análise a apenas uma função é simplista e não leva em conta a realidade nem a persistência da punição. Os teóricos ou se concentram nos aspectos materialistas da punição, uma crítica que Wacquant levanta contra a criminologia crítica recente, ou se concentram detidamente nas funções simbólicas da punição, como uma abordagem durkheimiana faria, isto é, "nada mais que um acidente da história acadêmica artificialmente sustentado por uma política intelectual obsoleta" (WACQUANT, 2009, xvi).

Uma melhor compreensão do importante papel desempenhado pelas políticas penitenciária e penal no neoliberalismo pode ser alcançada pela combinação de duas análises: a análise das funções de controle – que enfatiza o papel da punição na manutenção das hierarquias e do controle sobre as classes dominadas – e a análise das funções de comunicação – que reforçam as normas, estabelecem os limites e produzem a realidade inculcando categorias sociais. "A prisão simboliza divisões materiais e materializa relações de poder simbólico." (WACQUANT, 2009, xvi.) O exame desses dois efeitos explica como o Estado penal se tornou um mecanismo cultural capaz de produzir categorias, classificações e imagens que se difundem para o resto da sociedade.

1.4. A punição não é só repressiva, é também produtiva

De acordo com os argumentos apresentados até agora, o Estado penal pode parecer meramente uma máquina de repressão. E, no entanto, a capacidade de

produção do Estado penal é parte integrante dele. A penalização faz parte da produção do Estado neoliberal, mas sua capacidade produtiva não se limita a isso.

Wacquant segue a linha de Foucault quando enfatiza a importância de se abandonar a "hipótese repressiva" em torno do poder (ou dos poderes). Os poderes operam por intermédio dos indivíduos desde o instante de sua constituição, produzindo-os. Portanto, a difundida imagem de um indivíduo abstrato reprimido por poderes que atuam sobre ele deve ser abandonada. As relações de poder produzem sujeitos concretos, agem sobre o corpo e produzem "corpos dóceis", mas também produzem sujeitos de conhecimento. Foucault entendeu que a pena e a prisão são os produtores de um "conhecimento clínico sobre os condenados" (FOUCAULT, 1975, p. 249) e são produtores de "delinquência", uma vez que esse conhecimento permite que certos segmentos da população sejam identificados como delinquentes. Trata-se de uma consequência crucial da aplicação de um sistema penal seletivo que, em vez de pôr fim às ilegalidades, cria a distinção e a administra (FOUCAULT, 1975, p. 277) e, ao fazer isso, constitui o que vem a ser entendido como "criminoso".

Em consonância com Bourdieu, devem ser consideradas as implicações da ação estatal sobre a produção de disposições mentais (FERNÁNDEZ, 2005, p. 26), em paralelo com as divisões materiais que dela florescem, como as novas categorias de "percepção pública e ação estatal" moldam as respostas do Estado (WACQUANT, 2009, p. 30-31). Também deve se dar atenção à produção material envolvida (ou seja, à construção de prisões, à criação de empregos e assim por diante).

O Estado penal não é meramente repressivo: ele constitui uma força motriz da produção política e cultural. A capacidade do sistema penal de moldar e valorar as categorias sociais de forma generalizada na sociedade estabelece as bases para compreender a importância dos processos de criminalização e, como explorado na próxima seção, os protestos políticos, as manifestações e suas condições de possibilidade e legitimidade.

1.5. Algumas críticas à abordagem de Wacquant

O trabalho de Wacquant não foi recebido sem críticas. Apesar de sua obra ainda estar em desenvolvimento e até agora ter sido apenas brevemente comentada, em vez de avaliada sistematicamente (apesar disso, ver DAEMS, 2008, p. 175-230 e GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, 2012), algumas críticas devem ser levadas em consideração.

Por exemplo, a ideia da falta de conexão entre crime e punição é considerada exagerada na medida em que "transforma uma percepção sociológica em uma hipérbole insustentável" (GARLAND, 2013, p. 487). Além disso, tem-se

argumentado que existe uma conexão entre homicídios ou crimes violentos e punição, embora com nuanças (GARLAND, 2001). Embora Wacquant (2011) tenha alegado que ele não sugere uma desconexão completa, sua ênfase nessa nova forma de entender como funciona a punição pode ser compreendida como se incentivasse uma interpretação de que não há nenhuma conexão entre crime e punição. O fato de que falta correlação entre essas duas variáveis não significa necessariamente que não há conexão entre elas, mas que essa conexão é indireta, por isso, talvez, não tenha sido claramente explicada (ZIMRING; HAWINS, 1991, p. 125), mesmo que o crime seja tratado exaustivamente em seus livros.

Talvez a mais séria crítica à proposta de Wacquant seja a ampla ausência de mecanismos causais e que, portanto, faz com que a noção de neoliberalismo não assuma um papel particularmente analítico ou causal nas suas interpretações (ABBOTT, 2011, p. 1358-1359; LACEY, 2011, p. 781; 2013, p. 261). Pode ser necessário evitar uma abordagem tão macro ou incorporar informações de estudos qualitativos. No mínimo, fazer uma tentativa mais explícita de vincular as ideias neoliberais ao uso expansivo do sistema penal poderia ajudar a resolver essa questão (ver HARCOURT, 2011).

Outra crítica ao trabalho de Wacquant é sua falta de especificidade para a Europa, pois ele é baseado e centrado nos Estados Unidos (DAEMS, 2008, p. 218-219). No entanto, desde que sejam tomadas precauções relacionadas às especificidades de cada caso, seu trabalho pode ser utilizado para analisar outros contextos culturais; e aqui, em verdade, está o seu valor. Sua interpretação parte de estruturas que permitem uma reconceituação de processos sociais e penais; introduz um uso mais sistemático e mais amplo de ferramentas conceituais para o estudo da punição, oriundo de Bourdieu (ver GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, 2017; WACQUANT, 2014). Além disso, permite que os efeitos sejam identificados e vinculados à reconfiguração da noção de Estado. No entanto, não seria equivocado assinalar que as políticas penais americanas deveriam ser aplicadas com mais cautela (NELKEN, 2010, p. 335).

Por último, uma crítica particularmente recorrente à obra de Wacquant é que ela não considera a existência de resistências (MEASOR, 2012, p. 131-135) e isso é explicitamente visto como uma limitação à sua tese da penalidade neoliberal. Embora algumas resistências explícitas possam ser encontradas no trabalho de Wacquant[4], sua existência se encontra de forma mais implícita em sua

4. Inscrever-se em uma academia de um gueto Chicago aparece em suas obras (WACQUANT, 2000) como uma estratégia de resistência individual para escapar dos altos níveis de violência interpessoal e da penalização policial, como forma de "sair das ruas"

estrutura teórica. A interação entre estrutura e condições sociais subjetivas pode ser apreendida pelo uso dos conceitos bourdieusianos de campo e *habitus*, aos quais Wacquant adere (ver BOURDIEU; WACQUANT, 1992, p. 07-12; BOURDIEU, 1980, p. 30-51). O uso do conceito de campo burocrático, em vez do conceito de "o Estado", destaca a natureza contingente das ações estatais e cria espaço para a análise das lutas em torno das políticas (ver GOODMAN; PAGE; PHELPS, 2017). A utilização do *habitus* quebra a visão determinista de que as pessoas meramente reagem às forças macro e, portanto, torna possível evitar observações fatalistas de que "não há nada a fazer contra o neoliberalismo". Além disso, abre possibilidade para que os agentes do sistema penal ofereçam resistência – como se vê no caso do sistema judicial espanhol.

Nas próximas seções, consideram-se os protestos antiausteridade na Espanha e a reação institucional sob o arcabouço de Wacquant, ao mesmo tempo que se reconhece as críticas e limitações da sua abordagem. Assim, tenta-se mostrar que as políticas punitivas não podem ser explicadas como respostas diretas ao crime, mas devem ser analisadas como dispositivos para neutralizar as resistências que podem influenciar na implementação de políticas neoliberais. Além disso, a punição não é tratada apenas em termos de aplicação de medidas penais isoladamente, pois as sanções administrativas e a ação policial também são levadas em conta. Isso, juntamente com o fato de que uma população significativamente diferente do subproletariado afro-americano estar sendo considerada, deve ajudar a ampliar as possíveis áreas nas quais uma análise da penalidade neoliberal pode ser aplicada. A observação de Braithwaite (2003) de que os estudos sobre a punição enfocam quase exclusivamente na penalização dos pobres é, portanto, também aceita. Além disso, mesmo que mecanismos causais evidentes não sejam desenvolvidos, o caráter marcadamente neoliberal do processo descrito é considerado um terreno fértil para se pensar sobre eles, especialmente no dado contexto espanhol. Esse aspecto, por si só, coloca em questão a própria aplicação da categoria "neoliberalismo" e abre espaço para variações nacionais desse processo em âmbito internacional, embora essa questão não caia no escopo deste artigo e certamente exija um estudo muito mais extenso.

2. A criminalização dos protestos antiausteridade na Espanha

As manifestações sociais na Espanha registraram um aumento acentuado em número desde a crise econômica de 2008 até 2012; neste ano, houve um

e proteger a si mesmo da violência estrutural dos guetos nos Estados Unidos (FERNÁNDEZ, 2012, p. 72).

pico de mais de 36.000 manifestações, mais do que o dobro do número de 2011 (MINISTERIO DEL INTERIOR, 2013, p. 113). Em relação ao que motivou essas manifestações, pode-se apontar que a reforma trabalhista e os cortes orçamentários nos serviços sociais (saúde, educação, assistência etc.) foram os principais motivos de muitas delas. Então, o Estado começa a agir em cima desses protestos, que são, por sua vez, dirigidos contra a precarização da vida.

Diante dos protestos, as instituições políticas podem fazer uso da polícia e de reformas políticas. Esse elemento reativo faz com que questões de ordem pública sejam vinculadas a respostas políticas concretas (DELLA PORTA; DIANI, 1998, p. 212). A criminalização do protesto, cuja origem pode ser encontrada no campo burocrático, consistiu em, pelo menos, três dimensões no estudo de caso em questão: a modificação de textos legais, o controle policial e o discurso político.

2.1. Produção legislativa: aumento da extensão dos poderes de sanção criminal e administrativa

Em 2015, o parlamento espanhol aprovou três diferentes leis regulando a ordem pública: o Código Penal, a Lei de Segurança Pública e a Lei de Segurança Privada. O governo conservador anunciou sua intenção em reformar essas leis em 2012, quando a mobilização social contra as medidas de austeridade estava em seu auge. Para os fins desta análise, é pertinente destacar cinco medidas da reforma ao Código Penal.

O escopo das definições dos crimes de agressão contra pessoas em posição de autoridade, resistência e desobediência foi ampliado, eliminando-se a exigência de que a resistência deveria ser "ativa" e, portanto, potencialmente passou a incluir formas de resistência passiva. Algumas práticas corriqueiras, como atirar "objetos contundentes", passaram a ser consideradas "potencialmente perigosas" à vida, e, portanto, configurariam um ato violento (com penas de prisão de até nove anos). A reforma também ampliou a proteção privilegiada a indivíduos que antes não tinham direito a ela, incluindo trabalhadores de segurança privada enquanto trabalham em cooperação com as autoridades públicas.

Um novo delito também foi incluído, que consiste em romper a paz (ou ameaçar ou incitar a fazê-lo) por meio de ação em grupos. Isso está claramente em conflito com o princípio da responsabilidade criminal individual, central ao pensamento jurídico liberal. Novamente, quando o crime é cometido sob certas circunstâncias, que estão claramente associadas a práticas corriqueiras de manifestações políticas, pode ser enquadrado como uma ofensa agravada (o que significa sentenças de prisão de até seis anos). Essas circunstâncias são definidas de

uma maneira particularmente vaga e com amplo alcance, tais como o uso de "instrumentos perigosos", a atuação "no contexto de uma grande manifestação", ou quando o agressor cobre o rosto para evitar a identificação.

Outro novo crime, a "invasão contra a vontade de seu dono" da sede de escritórios de serviços públicos ou privados, até mesmo no momento em que foi aberto ao público, foi adicionado. Essa prática era comum em protestos contra bancos no movimento antidespejo espanhol.

A "distribuição ou difusão pública, por qualquer meio, de mensagens ou *slogans* que incitam a prática de qualquer crime de perturbação da ordem pública" também foi criminalizada. Significa que divulgar publicamente informações sobre manifestações que podem se tornar violentas é considerado crime. Mesmo levando em conta a dificuldade de se estabelecer se a noção de dita natureza potencialmente violenta era possível quando a informação era disseminada – o que a própria atuação policial pode contribuir (DELLA PORTA; REITER, 1998, p. 20-22) –, isso torna possível punir pessoas pela distribuição de panfletos, colocação de cartazes, envio de *e-mail* ou difusão de eventos por meio das mídias sociais (Twitter, Facebook etc.). Os principais meios de organização e disseminação de informações dos movimentos sociais são assim atacados.

A categoria "contravenção criminal" (FARALDO, 2014) também é removida do Código Penal e é introduzida a categoria "crimes de menor potencial ofensivo". As antigas "contravenções" foram removidas do Código Penal (para serem reintegradas como faltas administrativas) ou recategorizadas como delitos de menor potencial ofensivo. Uma diferença significativa é que as antigas "contravenções criminais" não implicavam penas de prisão nem produziam antecedentes criminais, mas os "crimes de menor potencial ofensivo" o fazem. Na Espanha, quando alguém é condenado à prisão pela primeira vez com uma sentença de menos de dois anos, o juiz pode suspender a sentença ou substituí-la, evitando assim colocá-lo em contato com o sistema penitenciário, desde que alguns requisitos sejam cumpridos (sobre a importância desse processo no momento de considerar a punição, ver BARKAN, 2006, p. 182). Agora ter antecedentes criminais, pelo o que antes costumava ser uma contravenção, significa ter uma maior chance de encarceramento para os condenados à prisão pela primeira vez. Embora a reforma estabeleça que os crimes de menor potencial ofensivo não devam ser um impedimento para a suspensão da sentença, eles permitem a admissão da prisão, deixando-as nas mãos do juiz, ou seja, cometer o que costumava ser uma contravenção poderia agora atuar como circunstância agravante da reincidência.

Algumas outras contravenções agora estão inseridas sob a legislação administrativa e não criminal. Entre outras peculiaridades associadas à primazia dos

poderes executivos sobre a regulação administrativa (em oposição à centralidade do Judiciário no sistema de direito penal), esse ramo do direito privilegia o princípio da veracidade das autoridades públicas. Isso significa que, legalmente, as declarações de um policial durante um processo judicial são tomadas como evidência válida e suficiente para sustentar acusações, a menos que se prove o contrário. Nesse caso, inicia-se um processo administrativo sancionador, depois do qual existem duas opções: pagar multa ou apresentar um recurso ao próprio órgão executivo que determinou a sanção (a polícia). Somente quando as alegações são descartadas e o trâmite administrativo é esgotado, pode-se iniciar um processo de revisão judicial.

Em resumo, sanções mais severas por atos envolvendo desobediência aos policiais e regulamentos restritivos para as manifestações foram introduzidas; algumas práticas corriqueiras associadas ao "repertório de resistência" dos movimentos sociais foram explicitamente consideradas ilegais; e novas formas legais de manter registros tanto de infratores criminais quanto administrativos foram implementadas. A introdução de definições amplas e vagas de "resistência à autoridade" e "violação da paz" ampliou sobremaneira o poder discricionário das autoridades policiais e executivas para punir as manifestações políticas com bases jurídicas aparentemente válidas. Mesmo se o juiz dispensa a acusação por falta de fundamento – o que realmente chegou a acontecer em diversas ocasiões –, todo o processo constitui uma punição em si (FEELEY, 1979), com efeitos punitivos e dissuasivos (por exemplo, aguardar intimação, ter medo de ser sentenciado por meses). Além disso, no caso de alguém ser sujeito de sanções por meio da legislação administrativa, o procedimento levado a cabo pelo Executivo favorecerá evidentemente os interesses dos policiais, no qual a única chance efetiva de revisão é passar por uma série de apelações para poder chegar a um juiz. Essa forma de contornar as garantias processuais penais é uma maneira de adiar o envolvimento dos juízes na revisão das intervenções policiais, sobrepondo-se aos dispositivos constitucionais que protegem as atividades políticas em um processo às vezes chamado de "repressão burocrática" (OLIVER OLMO, 2013, p. 27; MAROTO-CALATAYUD, 2013, p. 35/59).

Além da reforma do Código Penal, uma reforma da Lei de Proteção à Segurança Pública também foi aprovada em 2015. A legislação original foi oficialmente promulgada em 1992 a fim de fornecer à polícia mais ferramentas para combater o uso e o tráfico de drogas, mas também visava aumentar o controle sobre comportamentos que eram potencialmente desafiadores à ordem política – esse era, afinal de contas, o ano dos Jogos Olímpicos em Barcelona e da Exposição Universal de Sevilha (LANDA ARAMBARRI, 1995, p. 249). A reforma de 2015

intensifica o último aspecto. Entre outras infrações definidas nessa lei, que permitem multas de € 100,00 a € 600.000,00, as que regulam o comportamento nas manifestações são particularmente impressionantes e são exploradas adiante.

Foram colocadas limitações à *disseminação de imagens de policiais*. O uso desproporcional da força policial durante os protestos antiausteridade, reconhecido até mesmo pelo principal sindicato policial (MARTÍN-ARROYO, 2011) e a sistemática falta de identificação das Unidades de Intervenção da Polícia (tropas de choque[5]), tornando quase impossível a comunicação sobre comportamento inadequado, incitaram os manifestantes a enviar vídeos e fotos para plataformas *on-line*. Em vez promover investigações eficazes para determinar se estão ocorrendo ou não abusos de poder ou reforçando a obrigação dos policiais de usar números de identificação claramente visíveis, a nova legislação proíbe a disseminação dessas imagens. Essa medida também afeta os meios de comunicação e tem sido vista como uma ameaça à liberdade de expressão (KASSAM, 2015).

A nova lei também estipulou multas de até € 30.000,00 para *desobediência administrativa não criminal* às autoridades (art. 36.6) e € 600,00 em caso de "falta de respeito ou devida consideração" aos policiais.

A *realização de protestos não autorizados perto das infraestruturas centrais*, como centros de transporte ou instalações de telecomunicações, pode implicar multas de até € 600.000,00, com referência explícita à responsabilidade individual para aqueles que possam ser considerados "organizadores e promotores" do evento.

O "*uso indevido*" *de roupas cobrindo o rosto dos manifestantes* é considerado uma circunstância agravante (art. 33.2, c). Isso significa um passo significativo, porque simplesmente usar uma peça de roupa se torna base para uma punição. Mais uma vez, quando o "uso indevido" pode ser aplicado, não é muito claro (ou seja, a lei se aplica de maneira diferente no verão e no inverno, quando neste se usam balaclavas?). Os proponentes dessa medida argumentam que aqueles que não pretendem fazer nada de errado não têm razão para cobrirem seus rostos e não serem identificados. Isso chama atenção pelo contraste em relação ao tratamento dado à polícia de choque não identificada, e com o uso de policiais infiltrados em movimentos sociais, o que às vezes é explicitamente defendido (BENEDICTO SALMERÓN, 2015, p. 19). Aplicando o mesmo raciocínio, pode-se também supor que os policiais sem identificação cometerão irregularidades.

5. Para uma abordagem perspicaz desse grupo, ver Jaime Jimènez (1996) e Palacios Cerezales (2003).

Nenhuma das suposições deve ser admissível em um sistema legal que supostamente respeita os direitos fundamentais. A proibição de agir disfarçado ou não identificado lembra a dura dinâmica do controle da dissidência no *ancien régime*, quando "o anonimato era essencial para qualquer forma inicial de protesto industrial ou social" e, portanto, era definido como um crime capital (THOMPSON, 1975, p. 393).

2.2. Controle policial: identificações e expansão do orçamento em tempos de crise

O controle policial nos protestos aumentou junto com a expansão do equipamento de choque da polícia. No Orçamento Geral do Estado Espanhol, as despesas com equipamento de choque e material de proteção policial subiram 1780% em 2013, passando de € 173.670,00 para € 3.26 milhões. O investimento público em larga escala em material de choque continuou depois do ciclo de protestos por volta de 2014: no fim de 2015, o ministério gastava 1,3 milhões em latas de gás lacrimogênio, apesar do gás lacrimogêneo não ter sido usado por 12 anos. Algumas dessas transações originaram suspeitas de que os tomadores de decisões foram influenciados por interesses financeiros privados (ÁGUEDA, 2015). As mudanças na Unidade de Prevenção e Reação da Polícia Nacional são exemplos de como os recursos públicos foram desvirtuados com fins de promover a ordem pública: essa unidade, originalmente criada para lidar com graves crises públicas e operações antidrogas, foi reorganizada para lidar com questões de ordem pública e, em grande parte, concentrada em Madri, onde algumas das maiores manifestações aconteceram e onde importantes instituições políticas estão localizadas. A unidade é formada por 378 policiais cuja principal função está relacionada à "ordem pública e segurança cidadã", como apoio à polícia de choque[6].

As plataformas da sociedade civil condenaram repetidas vezes as forças policiais por recorrerem a indiscriminadas identificações e multas em massa. Aplicar essas técnicas de controle a protestos essencialmente coletivos é individualizar, silenciar e despolitizar. Isso torna difícil qualquer articulação de respostas coordenadas, ao mesmo tempo que restringe o direito de reunião e manifestação (OLIVER OLMO, 2013, p. 18-19). Estima-se que apenas entre 2011 e 2012 cerca de 1.000 iniciativas de sanções foram aplicadas contra pessoas relacionadas ao movimento *Indignados*, totalizando quase € 175.000,00 em multas (COMISION LEGAL SOL, 2015). Se essas ações policiais estão vinculadas às modificações

6. Ver Blay (2013) para a recente evolução da polícia de controle aos protestos na Espanha.

legais discutidas anteriormente, uma dupla finalidade pode ser percebida: a de dissuadir pessoas a protestar e a de acumular fundos. Um terceiro efeito, que está muito em consonância com a interpretação neoliberal da esfera pública, é também perceptível: o uso de multas serve para disseminar a percepção de que protestar em espaços públicos não é um direito, mas sim uma atividade "incômoda", que é, portanto, tributada para compensar o Estado[7].

Tem-se discutido que as formas pelas quais o controle policial opera sobre os protestos são muito significativas para entender as relações entre os movimentos sociais e o Estado. As forças policiais são controladas pelo Poder Executivo, que molda sobremaneira a ação e o comportamento da polícia (DELLA PORTA; REITER, 1998, p. 1 e 15-17). Ações policiais pautadas na reação agressiva, ao invés de em estratégias de diálogo e preventivas, aumentam o custo de participar de protestos e observa-se que têm um efeito dissuasivo, embora existam também evidências empíricas sobre o contrário (DAVENPORT, 2007, p. 8; EARL, 2006, p. 134), e dito efeito dissuasivo está provavelmente relacionado ao grau de comprometimento que qualquer indivíduo pode sentir pelo protesto.

2.3. Discurso político: repressão produtiva e categorização social

No que diz respeito ao discurso político, dois aspectos podem ser destacados: a estigmatização das manifestações e a legitimação de práticas policiais de legalidade duvidosa. Eles estão, obviamente, ligados. Membros do alto escalão do governo insistiram que as manifestações de cidadãos eram organizadas por "coletivos *antiestablishment*" cujo único propósito era desestabilizar o sistema institucional. Portanto, uma poderosa definição social é atribuída a um grupo: poderosa porque decorre do Estado e de grupos instalados em posições legítimas de poder (BOURDIEU, 1991, p. 129-130). Retomando a importância de ter em mente a dimensão simbólica da punição, a teoria da punição de Durkheim parece muito pertinente aqui (ver LUKES e SCULL, 2013, p. 35; GARLAND, 1983, p. 59): a identificação de um comportamento como criminoso gera um ato de comunicação passional que ajuda a reafirmar os limites morais de um grupo considerado ameaçado. Nesse sentido, definições mais amplas de comportamento criminoso ou ilegal promovem uma categorização social que separa aqueles que participam das manifestações daqueles que não participam. A insistência em retratar os *Indignados* como um grupo minoritário e violento, cujo único objetivo é

7. Sobre a habitual falta de atenção às multas em estudos sobre a punição, ver O'Malley (2009).

criar desordem, é digna de nota, quando tudo parece indicar que são grupos heterogêneos, horizontais e permeáveis em que as principais estratégias incluem a desobediência civil e a ação direta não violenta (ROMANOS, 2011, p. 336)

Um exemplo particularmente relevante da criminalização de atos políticos pode ser visto nos comentários em relação a um protesto organizado para o dia 25 de setembro de 2012 (25-S) sob o *slogan* "Ocupe o Congresso". O delegado do governo em Madri anunciou que foi um "golpe de Estado disfarçado" e que por trás dessa manifestação havia "grupos muito radicais, tanto de esquerda quanto de direita" (PERMUY, 2012). Tendo em vista o que aconteceu, essas mensagens podem ser lidas como tentativas de dissuadir os manifestantes indecisos. Mais importante, preparou uma justificativa para a dura intervenção da polícia no protesto, que foi caracterizada pelo uso da força para dispersá-lo (assim, a polícia não estava espancando "cidadãos participando legitimamente da política em uma democracia", mas "semigolpistas radicais fazendo algo ilegal").

O repetido uso instrumental pelo governo do conceito de "manifestação ilegal" revela uma intenção de criminalizar esses protestos. Como em outras democracias constitucionais, na Espanha, uma manifestação política em que as autoridades não foram previamente notificadas não é ilegal em si (BLAY, 2013, p. 18). De acordo com a Constituição espanhola, esses atos não podem ser dispersados, a não ser que existam circunstâncias que envolvam perigo para pessoas ou propriedades. Ao insistir na ilegalidade das manifestações não notificadas, as autoridades e os meios de comunicação passam uma imagem distorcida e restrita do alcance legal da liberdade de reunião: etiquetando o protesto legítimo como comportamento antissocial, criando confusão a respeito do tema e reduzindo o potencial de participação. Essa representação distorcida da legalidade dos protestos também encoraja as forças policiais a identificações em massa e a iniciar procedimentos de punição contra os participantes.

A criação de "protestos ilegais" no discurso popular e político é particularmente importante por várias razões. Em primeiro lugar, as práticas policiais enumeradas anteriormente fazem parecer que, para um protesto ser legal, a autorização administrativa anterior é necessária, apesar do fato de não ser esse o caso, de acordo com a Constituição espanhola. Em segundo lugar, notificar às autoridades sobre uma manifestação geralmente inicia um processo de negociação desequilibrada em que são realizadas tentativas para moldar a natureza e os detalhes do protesto (tempo, itinerário, uso de cartazes e outros elementos e até o número de manifestantes aproximado), dessa forma condicionando e limitando o exercício do direito de reunião (MARTÍN GARCÍA, 2013, p. 74). Outras preocupações, tais como perturbações causadas a comerciantes, vizinhos ou turistas,

são frequentemente invocadas para restringir o escopo das manifestações; essas preocupações não constituem motivos válidos para limitar um direito fundamental, que deve prevalecer sobre a ordem pública ou a segurança em termos legais (CALVO GARCÍA, 1995, p. 114). Por meio dessas práticas policiais, não só o exercício efetivo e concreto de um direito é restringido, mas, em um nível simbólico e ideológico, as manifestações estão sendo cada vez mais associadas a um comportamento antissocial e a questões de ordem pública, ao invés de a direitos políticos democráticos (MAROTO-CALATAYUD, 2013, p. 46). Isso poderia ser considerado um exemplo de "governar por meio do crime", uma vez que o "crime" é usado para alcançar fins antidemocráticos (SIMON, 2007, p. 271): evitando ou dificultando manifestações e restringindo a liberdade de reunião e a liberdade de expressão.

3. Repressão política numa Democracia: o sistema penal como complementar às políticas sociais e trabalhistas

Levando em conta o arcabouço teórico de Wacquant, uma das primeiras observações a serem feitas é que as reformas legais introduzidas na Espanha não estão orientadas a reduzir o crime ou as ilegalidades, mas, pelo contrário, estão orientadas a definir práticas de protesto como criminosas ou ilegais, as quais antes não eram tratadas dessa maneira. De um ponto de vista estritamente legal, o sistema penal está produzindo novos crimes, expandindo o escopo e os limites das ofensas e definições legais de comportamento desviante para novas áreas. Em um processo evidente de criminalização, a mesma ação de protesto que há três anos teria sido classificada como o exercício de um direito fundamental, hoje pode ser explicitamente punida por lei. Isso, obviamente, lembra os debates sobre os processos de criminalização que são centrais para a criminologia crítica: quem define o que é um crime, quem deve ser considerado criminoso e quem deve ser considerado vítima etc. Como comentando antes, essas observações se relacionam com um dos argumentos fundamentais de Wacquant, sobre *a não conexão entre crime e punição*, que confronta a crença de que as instituições penais basicamente apenas reagem a variações na prática de crimes e ilegalidades em questão.

Pode-se lançar luz sobre outra observação importante, usando o conceito de "campo burocrático" (WACQUANT, 2009, p. 289-290; BOURDIEU, 1991; BOURDIEU; WACQUANT, 1993, p. 42), para considerar dois aspectos da relação entre dinâmicas sociais mais amplas e desdobramentos penais. Por um lado, conceituando a ação do Estado como um espaço no qual diferentes forças operam de acordo com lógicas diversas, torna-se possível entender a punição como

uma instituição social. Isso facilita a conexão de desdobramentos penais com, por exemplo, políticas que lidam com o mercado de trabalho ou com os serviços sociais. No caso aqui analisado, a reforma "austeritária" das condições do mercado de trabalho e os cortes nos orçamentos sociais estimularam uma série de protestos, os quais as instituições punitivas tentam administrar e minimizar. As reformas punitivas, por isso, podem ser entendidas como sustentação a uma agenda política mais ampla de reformas no campo laboral e de cortes sociais. Por outro lado, *vincular instituições sociais a instituições punitivas* também facilita o entendimento das múltiplas contradições que constituem o quadro em que o sistema penal opera; considerando o fato de que uma grande e cara população prisional e um investimento sem precedentes em material de choque respectivamente coexistem com baixas taxas de criminalidade e declínio da mobilização social num momento em que a austeridade nos gastos é o mantra ideológico.

Wacquant (1999) chama atenção para alguns dos efeitos da penalização neoliberal que parecem estar presentes no caso dos desdobramentos antiprotesto na Espanha de maneira particularmente evidente. Umas delas é que a penalização é usada para estabilizar as consequências do aumento do emprego precário e do trabalho mal remunerado. O fato de protestos organizados por aqueles afetados pelas reformas e pelos cortes sociais serem desencorajados com tanta persistência é certamente revelador.

Outro dos efeitos assinalados por Wacquant é que essa penalização neutraliza populações que representam uma ameaça potencial à ordem estabelecida das coisas, *tanto por meios materiais quanto simbólicos*. Do ponto de vista material, a penalização torna instrumentalmente difícil o envolvimento em certos protestos e em atos específicos de manifestações, posto que são ilegalizados. Ao fazê-lo, prepara-se o terreno para o uso da força e da coerção institucional direta contra os manifestantes: a proibição de capturar ou divulgar imagens das forças policiais pode ser vista como um exemplo claro disso. Aplicando uma leitura mais simbólica, uma forte estigmatização dos movimentos de protesto está sendo produzida no discurso político e em leis recentes para justificar essas medidas punitivas, ou mesmo para criar confusão sobre se, manifestar-se em algumas circunstâncias, é legal ou não (ou seja, manifestantes são *antiestablishment*, associados a grupos terroristas bascos, um pequeno grupo de desordeiros barulhentos e assim por diante). Como produto direto da violência simbólica e da força da lei, um movimento que é profundamente político passa a ser despolitizado (HIRST, 1975, p. 220). A séria consideração das demandas políticas dos manifestantes é preterida, não importa o que digam, já que seus atos e atitudes são retratados como ilegais. Um problema substancialmente político é transformado assim num

problema de formalidades e regras, movendo-o da esfera da política para a esfera da legalidade e da burocracia.

Nesse sentido, Wacquant (1999) sugere que as resistências à precarização do mercado de trabalho nos Estados Unidos são concretizadas na subsistência por meio das economias informais. Em tais casos, a pressão da polícia é frequentemente aumentada sobre essas ilegalidades, especificamente pelas políticas de "tolerância zero", com fins de forçar as pessoas a aceitarem empregos precários. Essa abordagem das "janelas quebradas" para regular os fenômenos associados à economia informal (um paradigma que novamente foi criado nos Estados Unidos depois de Eric Garner ser morto em 2014 pela polícia após ser suspeito de vender cigarros de forma avulsa) é perceptível na Espanha na recente proliferação de uma larga variedade de regulamentações da perturbação em nível municipal. Isso é outro elemento importante que permite a criação de novas definições de crimes e condutas antissociais que são então aplicadas às práticas políticas e dissidentes (MAROTO-CALATAYUD, 2016).

Por último, as reações institucionais contra os manifestantes podem ser lidas como tentativas do Estado a fim de reafirmar a sua autoridade. Em um contexto em que os trabalhadores vêm perdendo suas garantias sociais, a defesa da lei e da ordem são articuladas como a principal fonte de legitimação do Estado. Isso é conquistado pela penalização dos protestos sociais, que transforma uma questão política em uma questão de lei e ordem. Isso se relaciona com a ideia de o neoliberalismo ser, acima de tudo, a redefinição dos objetivos legítimos do Estado. A filosofia neoliberal (HARCOURT, 2011, especificamente nas p. 147-148) implica uma retirada das funções redistributivas do Estado (por exemplo, no campo burocrático) e um reforço das funções de "lei e ordem". Assim, a compreensão de Wacquant do neoliberalismo como *um processo de produção do Estado* serve aqui de exemplo (e aqui é o lugar onde a penalização claramente já não pode ser considerada uma mera repressão institucional). Três dos quatro elementos que o autor francês inclui em sua definição do neoliberalismo estão presentes: desregulamentação do mercado de trabalho, reformas que restringem as políticas sociais e expansão do sistema penal.

3.1. Resistências e teorias da punição

As explícitas dinâmicas de resistência descritas neste trabalho estão associadas ao movimento *Indignados* e são certamente fatores relevantes em um quadro teórico que aspira a explicar o desenvolvimento da penalidade neoliberal. Como ilustrado, a resistência à implementação de novas políticas neoliberais na

Espanha aparentemente resultou em: um Código Penal mais rígido, um crescimento das funções das forças policiais de choque e seus recursos e restrições gerais às liberdades de manifestação e de expressão. Então, a neoliberalização da sociedade é inevitável? Até mesmo as resistências, aparentemente, acabam sendo engolidas pelo sistema penal, deixando menos espaços para os cidadãos resistirem. Esse, no entanto, não é o argumento que se pretende dar seguimento com este artigo. A questão-chave aqui em relevo não é se as resistências levaram a medidas penais mais severas, mas se elas levaram a *diferentes* medidas penais – julgar a validade de um ponto de acordo com seu resultado seria politicamente enviesado e cientificamente enganoso. De fato, essa penalização gerou, por sua vez, novas formas de resistência, como grupos que registram os abusos policiais nas manifestações. Em um ritmo mais lento, decisões judiciais recentes estão bloqueando o processo de penalização e de repressão política pela via administrativa. Isso também desafia a ideia de uma implementação integrada das medidas políticas por parte de todos os agentes penais. Deve-se lembrar de que os juízes são muito resistentes a mudanças (RUIDÍAZ GARCÍA, 1994. p. 221), especialmente se essas mudanças afetam a base do seu trabalho; eles têm um "interesse" que pode ser compreendido se os juízes forem vistos como agentes dominantes no campo penal que defendem a autonomia do seu campo contra a intromissão do campo político, e que agem em favor da distribuição de um capital que os beneficia como grupo.

A resistência pode, portanto, influenciar a velocidade e o alcance de um processo de penalização: como "processo" que é, ele ainda está em movimento e se encontra aberto a mudanças, e as lutas materiais e simbólicas em torno dele ainda continuam. Como um exemplo marcante, tem-se a nova prefeita de Barcelona, Ada Colau, que costumava ser a líder da plataforma antidespejo (por inadimplência de hipoteca); a própria cidade de Madri tem sido governada, desde março de 2015, por uma organização composta de diferentes coletivos que estiveram envolvidos nos protestos de anos anteriores, e o *Podemos*, movimento inspirado nos protestos antiausteridade, foi a terceira força política em termos de votos nas últimas eleições parlamentares nacionais em 2015 e 2016.

Conclusões

A principal intenção deste artigo foi explorar até que ponto a abordagem de Wacquant sobre a penalidade pode ser aplicada a um contexto diferente daquele que o inspirou. Foi assinalado que o exame das manifestações e ações policiais pode ser fundamental para a revitalização do estudo do castigo e da sociedade (SIMON; SPARKS, 2013, p. 7). Para esse fim, abordou-se o tema das

resistências, sua penalização e o papel que desempenham no desenvolvimento da penalidade neoliberal.

As instituições sociais só se tornam significativas em relação a outras instituições e, por conseguinte, é necessário incluir uma abordagem estrutural da análise social, no seu sentido metodológico, ou seja, uma abordagem relacional. Aqui, junto com a exposição de fatos evidentes (que tentativas foram feitas para reprimir vozes discordantes por meio de políticas governamentais), observou-se como colocar a pena em relação ao mercado de trabalho e ao sistema de benefícios sociais revela parte de um processo mais amplo de reconfiguração do Estado e seus deveres (WACQUANT, 2009, p. 04-07). Também destaca os vários usos sociais e políticos que podem ser atribuídos ao sistema penal. Esses usos são entendidos para serem revelados a pessoas concretas interagindo dentro de lógicas organizacionais.

Esta análise, deve-se lembrar, é principalmente baseada em textos legais: é amplamente difundido na criminologia que aprovar leis e aplicá-las constituem fenômenos substancialmente diferentes. Às vezes, as leis mal são implementadas depois de aprovadas, como tem sido o caso da obrigação de os policiais usarem números de identificação visíveis. Novas leis podem simplesmente legalizar práticas que já estavam sendo realizadas, e a mudança pode não ser tão grande quanto parece – embora tornar uma atividade ilegal legal e vice-versa não seja algo trivial. A mesma noção do campo burocrático aconselha que é preciso esperar para observar o resultado real da implementação dessas políticas. Pessoas do "baixo escalão do Estado" podem oferecer algumas resistências, como os secretários judiciais, que se recusam a cobrar taxas judiciais – o que eventualmente levou a seu desaparecimento –, ou algumas ações em que a polícia se sentiu desconfortável com o seu papel repressivo e de contenção (o que aconteceu em relação aos despejos). Novos partidos emergentes enfatizam as limitações da atual Constituição espanhola, e alguns de seus capítulos podem ser emendados. O processo ainda está aberto para transformações, e elas não são predeterminadas.

Referências

ABBOTT, A. Book review on 'punishing the poor'. *American Journal of Sociology*, v. 116, n. 4, p. 1356-1360, 2011.

AEBI, M.; TIAGO, M.; BURKHARDT, C. *Space I* – Council of Europe Annual Penal Statistics: Prison populations. Survey 2014. Strasbourg: Council of Europe, 2015.

ÁGUEDA, Pedro. Interior compra gas lacrimógeno por 1,3 millones a la familia de un exdiputado del PP. *El Diario*, 29 dez. 2015. Disponível em: [www.eldiario.es/politica/Interior-lacrimogeno-millones-exdiputado-PP_0_467903876.html].

BARKAN, S. E. Criminal prosecution and the legal control of protest. *Mobilization*, v. 11, n. 2, p. 181-194, 2006.

BENEDICTO SALMERÓN, R. A. Gubernamentalidad policial de subjetividades/identidades en torno al 15M. El tratamiento del enemigo (Catalunya, 2011-2012). *Teoría y Crítica de la Psicología*, n. 6, p. 297-348, 2015.

BLAY, E. El control policial de las protestas en España. *InDret*, n. 4, 2013.

BOURDIEU, P. *Language and symbolic power*. Cambridge: Polity Press, 1991.

BOURDIEU, P. *The logic of practice*. Stanford: Stanford University Press, 1980.

BOURDIEU, P.; WACQUANT, L. *An invitation to reflexive sociology*. Oxford: Polity Press, 1992.

BOURDIEU, P.; WACQUANT, L. From ruling class to the field of power: An interview with Pierre Bourdieu on La noblesse d'État. *Theory, Culture and Society*, n. 10, p. 19-44, 1993.

BRAITHWAITE, J. What's wrong with the sociology of punishment? *Theoretical Criminology*, v. 7, n. 1, p. 05-28, 2003.

CALVO GARCÍA, M. Políticas de seguridad y transformaciones del Derecho. In: MUÑAGORRI LAGUÍA, I. (Ed.). *La protección de la seguridad ciudadana*, Oñati: OIISL, 1995.

CASTEL, R. *From manual workers to wage laborers*: Transformation of the social question. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 1995.

CID, J.; LARRAURI, E. Development of crime, social change, mass media, crime policy, sanctioning practice and their impact on prison population rates. *Sistema Penal y Violencia*, v. 1, n. 1, p. 01-21, 2009.

COMISIÓN LEGAL SOL. Las vergüenzas de Cifuentes: Cuatro años al frente de Delegación de Gobierno. *Legal 15M*, 12 maio 2015. Disponível em: [https://legal15m.wordpress.com/2015/05/12/las-verguenzas-de-cifuentes-cuatro-anos-al-frente-de-delegacion-de-gobierno/].

DAEMS, T. *Making sense of penal change*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DAVENPORT, C. State repression and political order. *Annual Review of Political Science*, n. 10, p. 01-23, 2007.

DELLA PORTA, D.; DIANI, M. *Social movements*: An introduction. Oxford: Blackwell, 1998.

DELLA PORTA, D.; REITER, H. The policing of protest in western democracies. In: DELLA PORTA, D.; REITER, H. (Eds.). *Policing protest*: The control of mass demonstrations in western democracies. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1998.

DOWNES, D.; HANSEN, K. Welfare and punishment in comparative perspective. In: ARMSTRONG, S.; MCARA, L. (Eds.). *Perspectives on punishment*: The contours of control. Oxford: Oxford University Press, 2006.

EARL, J. Introduction: Repression and the social control of protest. *Mobilization*, v. 11, n. 2, p. 129-143, 2006.

FARALDO, P. La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa. *InDret*, n. 3, 2014.

FEELEY, M. *The process is the punishment*. Handling cases in a lower criminal court. New York: Sage, 1979.

FERNÁNDEZ, J. M. Cuerpo, mente y gueto. Una reapropiación creativa de la teoría de la práctica de Pierre Bourdieu. In: GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I. (Ed.). *Teoría social, marginalidad urbana y estado penal*: aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant. Madrid: Dykinson, 2012.

FERNÁNDEZ, J. M. La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica. *Cuadernos de Trabajo Social*, n. 18, p. 7-31, 2005.

FOUCAULT, M. *Discipline and punish*: The birth of the prison. New York: Vintage Books, 1975.

GARLAND, D. Durkheim's theory of punishment: A critique. In: GARLAND, D.; YOUNG, p. (Eds.). *The power to punish*. Contemporary penality and social analysis. London: Heinemann, 1983.

GARLAND, D. Penality and the penal state. *Criminology*, v. 51, n. 3, p. 475-517, 2013.

GARLAND, D. *Punishment and modern society*: A study in social theory. Chicago: Chicago University Press, 1990.

GARLAND, D. *The culture of control*. Crime and social order in contemporary society. Oxford: Oxford University Press, 2001.

GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I. For and against the political economy of punishment: Thoughts on Bourdieu and punishment. In: MELOSSI, D.; SOZZO, M.; BRANDARIZ, J. A. (Eds.). *The political economy of punishment today*: Visions, debates and challenges. New York: Routledge, 2017.

GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I. La reconfiguración del Estado y del castigo. In: GONZÁLEZ-SÁNCHEZ, I. (Ed.). *Teoría social, marginalidad urbana y Estado penal*: aproximaciones al trabajo de Loïc Wacquant. Madrid: Dykinson, 2012.

GOODMAN, P.; PAGE, J.; PHELPS, M. *Breaking the Pendulum*. The long struggle over criminal justice. New York: Oxford University Press, 2017.

HARCOURT, B. *The illusion of free markets*. Punishment and the myth of natural order. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

HIRST, p. Q. Marx and Engels on law, crime and morality. In: TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. (Eds.). *Critical criminology*, London and Boston, p. 203-232, 1975.

JAIME-JIMÉNEZ, Ó. Orden público y cambio político en España. *Revista Internacional de Sociología*, n. 15, p. 143-167, 1996.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M. *La normalización de la protesta*: el caso de las manifestaciones en España (1980-2008). Madrid: CIS, 2011.

KASSAM, A. Journalists take fight against Spanish 'Gag Law' to European court'. *The Guardian*, 15 dez. 2015. Disponível em: [www.theguardian.com/world/2015/dec/15/journalists-take-fight-against-spanish-gag-law-to-european-court].

LACEY, n. Differentiating among penal states. *British Journal of Sociology*, v. 61, n. 4, p. 778-794, 2011.

LACEY, n. Punishment, (neo)liberalism and social democracy. In: SIMON, J.; SPARKS, R. (Eds.). *The SAGE handbook of punishment and society*. London: Sage, 2013.

LANDA ARAMBARRI, B. Ley orgánica... una estrategia preventiva de control político. In: MUÑAGORRI LAGUIA, I. (Ed.). *Protección de la Seguridad Ciudadana*. Oñati: OIISL, 1995.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. Explaining imprisonment in Europe. *European Journal of Criminology*, v. 8, n. 4, p. 303-328, 2011.

LAPPI-SEPPÄLÄ, T. Trust, welfare, and political culture: Explaining differences in National Penal Policies. In: TONRY, M. (Ed.). *Crime and justice*: A review of research, Chicago, v. 37, p. 313-387, 2008.

LUKES, S.; SCULL, A. (2013). Introduction to the second edition. In: LUKES, S.; SCULL, A. (Eds.). *Durkheim and the law*. 2. ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013.

MAROTO-CALATAYUD, M. Ciudades de excepción: seguridad ciudadana y civismo como instrumentos de burorrepresión de la protesta. In: OLIVER OLMO, P. (Coord.). *Burorrepresión*. Sanción administrativa y control social. Albacete: Bomarzo, 2013.

MAROTO-CALATAYUD, M. Punitive decriminalization? The repression of political dissent through administrative law and nuisance ordinances in Spain. In: PERSAK, n. (Dir.). *Regulation and Social Control of Incivilities*. London: Routledge, 2016.

MARTÍN-ARROYO, J. Cómo disolver una sentada. *El país*, 29 ago. 2011. Disponível em: [https://elpais.com/politica/2011/08/29/actualidad/1314645507_524016.html].

MARTÍN GARCÍA, Ó. La burorrepresión del nuevo ciclo de protestas. In: OLIVER OLMO, P. (Coord.). *Burorrepresión*. Sanción administrativa y control social. Albacete: Bomarzo, 2013.

MEASOR, L. Loïc Wacquant, gender and cultures of resistance. In: SQUIRES, P.; LEA, J. (Ed.). *Criminalisation and advanced marginality*. Critically exploring the work of Loïc Wacquant. Bristol: Policy Press, 2012.

MINISTERIO DE INTERIOR. (2013). *Anuário estadístico*. Disponível em: [www.interior.gob.es/documents/642317/1204854/Anuario_estadistico_2012_okkk.pdf/00ee01c7-3122-496a-a023-22829653e6c0]. Acesso em: 01.11.2015.

NELKEN, D. Denouncing the penal state. *Criminology and Criminal Justice*, v. 10, n. 4, p. 329-338, 2010.

O'MALLEY, P. Theorizing fines. *Punishment and Society*, v. 11, n. 1, p. 67-83, 2009.

OLIVER OLMO, P. ¿Qué es la burorrepresión? In: OLIVER OLMO, p. (Coord.). *Burorrepresión*. Sanción administrativa y control social. Albacete: Bomarzo, 2013.

PALACIOS CEREZALES, D. *Confraternizar con la policia*. Trabalho não publicado. 2003.

PERMUY, I. La Delegación del Gobierno ve a ultras de izquierdas y de derechas detrás de "Ocupa el Congreso". *ABC*, 27 ago. 2012. Disponível em: [www.abc.es/20120827/espana/abci-cifuentes-ocupa-congreso-201208271251.html].

ROMANOS, E. Epílogo. Retos emergentes, debates recientes y los movimientos sociales en España. In: DELLA PORTA, D.; DIANI, M. (Eds.). *Los movimientos sociales*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas y Editorial Complutense, 2011.

ROTHMAN, D. *The discovery of the asylum*: Social order and disorder in the New Republic. Boston: Little, Brown, 1971.

RUIDÍAZ GARCÍA, C. Los españoles ante la justicia penal: actitudes y expectativas. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n. 67, p. 219-240, 1994.

SIMON, J. *Governing through crime*: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SIMON, J.; SPARKS, R. Introduction. Punishment and society: The emergence of an academic field. In: SIMON, J.; SPARKS, R. (Eds.). *The SAGE handbook of punishment and society*. London: Sage, 2013.

THOMPSON, E. P. The crime of anonymity. In: HAY, D.; LINEBAUGH, P.; RULE, J.; THOMPSON, E. P.; WINSLOW, C. (Eds.). *Albion's fatal tree*: Crime and society in eighteenth-century England. London: Pantheon Books, 1975.

WACQUANT, L. *Body and soul*: Notebooks of an apprentice boxer. Oxford: Oxford University Press, 2000.

WACQUANT, L. Marginality, ethnicity and penality in the Neo-Liberal City: An analytic cartography. *Ethnic and Racial Studies*, v. 37, n. 10, p. 1687-1711, 2014.

WACQUANT, L . Neoliberal penality at work: A response to my Spanish critics. *Revista Española de Sociología*, n. 15, p. 115-123, 2011.

WACQUANT, L. *Prisons of poverty.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.

WACQUANT, L. *Punishing the poor*. The neoliberal government of social insecurity. Durham: Duke University Press, 2009.

ZIMRING, F.; HAWINS, G. *The scale of imprisonment*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto, de Leandro Gornicki Nunes – *RBCCrim* 91/201-226 (DTR\2011\2339); e
- Penalidade neoliberal: uma breve genealogia, de Bernard E. Harcourt, Augusto Jobim do Amaral, Henrique Mioranza Koppe Pereira e Jádia Larissa Timm dos Santos – *RBCCrim* 162/257-286 (DTR\2019\42158).