Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 201 • mar./abr. 2024

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 32 • vol. 201 • mar./abr. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação
André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

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

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL
Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)
Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)
Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)
Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)
Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)
Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)
Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)
Aury Lopes Jr.(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos 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 Giménez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)
Fernanda Regina Vilares (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)
Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)
Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (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 Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho Araujo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)
Mauricio 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)
Nilo 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)
Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)
Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)
Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Ana Gabriela Mendes Braga (Universidade Estadual Paulista – UNESP – Franca/SP)
Augusto Tarradt Vilela (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Bruno Buonicore (Centro Universitário de Brasília – CEUB – Brasilia/DF)
Bryan Alves Devos (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Carlos Frederico Braga da Silva (Universidade de Ottawa – Canadá)
Claudia Barrilari (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Cristina Zackseski (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Daiene Kelly Garcia (Faculdade de Direito de Franca – Franca/SP)
Eduardo Pitrez (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Eduardo Viana (Universidade Estadual de Santa Cruz – Santa Cruz/BA)
Emerson Silva Barbosa (Academia Nacional de Polícia – Brasília/DF)
Emilia Merlini Giuliani (Universität Osnabrück – Niedersachsen – Alemanha)
Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)
Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Portugal)
Gisela França da Costa (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Guilherme Moreira Pires (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Cascavel/Paraná)
Gustavo de Oliveria Quandt (Defensoria Pública da União – DPU – Florianópolis/SC)
José Danilo Tavares Lobato (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro -UFRRJ – Seropédica/RJ)
José Manuel de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (UFRN – Natal/RN)
Leandro Mateus Silva de Souza (Centro Universitário Ritter dos Reis – Uniritter – Porto Alegre)
Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Ludmila Ribeiro (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Mariana Morais Zambom (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGVSP – São Paulo/SP)
Matheus Felipe de Castro (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Neon Bruno Doering Morais (Universidade Católica de Pernambuco – UCP – Recife/PE)
Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Roberta de Lima e Silva (Universitat de Girona – UDG – Espanha)
Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Thaís Bandeira Oliveira (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Thiago Miranda Minagé (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ)
Victor Freitas (Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alexis Couto de Brito (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Ana Luisa Leão de Aquino Barreto (Universidade do Estado Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ)
Ana Maria Lumi Kamimura Murata (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Antonio José Martins Fernandes (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Beatriz Daguer (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Bernd Schünemann (Ludwig-Maximilians Universität – Munique/Alemanha)
Bruna Portella de Novaes (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC Rio – Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Hermes Leal (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Davi de Paiva Costa Tangerino (Universidade do Estado Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ)
Diogo Justino (Universidad Nacional de Três de Febrero – UNTREF – Argentina)
Eduardo Viana Portela Neves (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Fernando B. S. Fischer (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Franciele Silva Cardoso (Universidade Federal de Goiás – UFG – Goiânia/GO)
Guilherme Borges (Universidade Federal de Goiás – UFG – Goiânia/GO)
Jairton Ferraz Junior (Universidade de Westminster – Londres/Reino Unido)
João Guilherme Leal Roorda (Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Juiz de Fora/MG)
Joara de Paula Campos (Universidade Federal de Goiás – UFG – Goiânia/GO)
Luanna Tomaz de Souza (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Lucas Vianna Matos (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Luísa Walter da Rosa (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Ney De Barros Bello Filho (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Pierpaolo Cruz Bottini (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
Renata Saggioro Davis (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC Rio – Rio de Janeiro/RJ)
Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi (Universidade Estadual de Londrina – UEL – Londrina/PR)
Vinicius Ferreira Baptista (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ – Seropédica/RJ)

BASES DE DADOS/DIVULGADORES INDEXADOS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.
Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400
ISSN Digital 2965-3967

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 201 • mar./abr. 2024

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400
ISSN Digital 2965-3967

Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

Ano 32 • vol. 201 • mar./abr. 2024

Presidência
Renato Stanziola Vieira

Coordenação (editor-chefe)
André Nicolitt

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.

Alexandre Ferreira Mattioli e Juliana Mayumi Ono
Diretores Responsáveis

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

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

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433
e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com
e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

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

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

Impresso no Brasil: [03-2024]
Profissional
Fechamento desta edição: [26.01.2024]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE
Renato Stanziola Vieira
1ª Vice-Presidente
Maria Carolina de Melo Amorim
2º Vice-Presidente
Vinicius de Souza Assumpção
1ª Secretária
Raquel Lima Scalcon
2º Secretário
Bruno Shimizu
3ª Secretária
Carina Quito

1ª Tesoureira
Camila Torres Cesar
2º Tesoureiro:
Antonio Pedro Melchior
1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Juliana Sanches Ramos
2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Luanna Tomáz de Souza
3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS
Marina Pinhão Coelho Araújo
André Nicolitt
Ester Judite Rufino
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo
Marcos Alexandre Coelho Zilli
OUVIDORA
Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS
Andre Pires de Andrade Kehdi
Clarice Beatriz
Débora Viviane
Isadora Brandão
Lúcia Ribeiro
Marcio Romualdo
Maria Sylvia de Oliveira
Michael Mary Nolan
Priscila França
Priscila Pamela C Santos

DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE
Luciana Dias
Luiz Otávio Rodrigo Romeiro
AMICUS CURIAE
Débora Duprat
BIBLIOTECA
Simone Henriques
BOLETIM
Fernando Gardinali
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyano
CONVÊNIOS INTERNACIONAIS
Livia Moscatelli
CURSOS
Daniel Zaclis
ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Chiavelli Falavigna
CURSOS IBCCRIM – COIMBRA
Marcelo Ruivo
GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)
Debora Mota
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Ana Paula Freitas
INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)
Camila Forigo
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Monique de Carvalho Cruz
JUSTIÇA RESTAURATIVA
Fabiana Zanatta
MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL
Maíra Fernandes
POLÍTICA DE DROGAS
Dudu Ribeiro
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
André Nicolitt
SISTEMA PRISIONAL
Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES
Diogo Malan
Marta Saad
Marcela Diório
Saulo Mattos
Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM
NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses

EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto

EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Patrícia Jardim Grellet
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva
Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis

EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Sara Lemos de Oliveira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 6º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 201 • mar./abr. 2024

Diretores de Conteúdo e Operações Editoriais
ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI E JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Ana Carolina Francisco

Estagiários: Aline Pavanelli e João Victor Sales

Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital
Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

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

Analista de Projetos: Jéssica Viana Bezerra

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

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

Estagiária: Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

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

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação: DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

Sumário

Direito Penal

Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito

Imputability as element of culpability? Communicative acting and crime theory

Alexis Couto de Brito e Jairton Ferraz Junior 17

Ofensividade nos delitos ambientais

Offensiveness in environmental crimes

Ana Maria Lumi Kamimura Murata 55

O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação

The principle of insignificance and the crimes against public administration: a dogmatic proposal for its expansion and application

Beatriz Daguer, Davi de Paiva Costa Tangerino e Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi 81

Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado

Towards a critique of Radbruch's formula – Notes on a culturally and communicatively oriented concept of law

Bernd Schünemann e Eduardo Viana Portela Neves 107

O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal

The concept of culpability as a judicial circumstance of article 59 of the Criminal Code

Fernando B. S. Fischer 121

Por uma dogmática penal socialmente orientada

Towards a socially oriented criminal dogma

Pierpaolo Cruz Bottini 143

Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação

Criminal law and fake news: the democratic limits to the criminalization of disinformation

Raphael Boldt 161

Processo Penal

O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores

The present and the possible future of standards of proof in Brazilian Criminal Procedure: the need to think critically about their use by Brazilian Superior Courts

Luísa Walter da Rosa 197

Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro

Penalties and pacts: the contributions of the Italian criminal procedure to the Brazilian criminal non prosecution agreement

Ney de Barros Bello Filho e Bruno Hermes Leal 227

Criminologia

Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO

Prohibitionism, prison and Covid-19: how the pandemic has changed the dynamics of drug entry into the Aparecida de Goiânia/GO prison complex

Guilherme Borges, Joara de Paula Campos e Franciele Silva Cardoso..... 257

"Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos

"More blood in the eyes": the difference in action of the Military Police in the districts of Jurunas and Batista Campos

Luanna Tomaz de Souza e Antonio José Martins Fernandes 283

Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha

Dispositive and structure matter: conceiving the Maria Penha law's mapping

Vinicius Ferreira Baptista 313

Direito Por Quem o Faz

Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima

Technical brief on law of theft reform bill: for a criminal policy of disincarceration and victim oriented compensation

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto, Bruna Portella de Novaes, Diogo Justino, João Guilherme Leal Roorda, Lucas Vianna Matos e Renata Saggioro Davis 349

Índice Alfabético-remissivo

Autores 371

Temas 375

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 379

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 391

Condições para Submissão (*Check List*) 397

Direito Penal

Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito

Imputability as element of culpability? Communicative acting and crime theory

Alexis Couto de Brito

Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal) e pela *Universidad* de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Graduado em Direito pela Universidade *Castilla-La Mancha* de Toledo (Espanha). Professor.
Lattes [http://lattes.cnpq.br/9424442556070110].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-3197-6690].
alexisbrito@uol.com.br

Jairton Ferraz Junior

Doutorando em Criminologia pela Universidade de *Westminster* (Londres, Reino Unido). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie – com bolsa pela Capes (Prosuc). Pós-Graduado em Criminologia e Direito Penal pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8754552868868464].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-5956-9889].
jairtonferraz@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515932].

Autores convidados

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa questionar, no âmbito da teoria do delito, a alocação da imputabilidade na categoria dogmática da culpabilidade. Assim, após exposição da racionalização da imputabilidade desde o século XIX até os dias atuais, em que se suscitam as construções teóricas dos expoentes mais representativos de

Abstract: The present work aims to question, within the Theory of Crime's realm, the allocation of imputability inside the dogmatic category of culpability. Thus, after exposing the rationalisation of imputability from the 19th century to current days, in which the theoretical constructions from the most representative exponents

cada geração, propor-se-á a reestruturação da análise do instituto para a fase anterior à análise do injusto, como *condição ou pressuposto de ação penalmente relevante*. Com efeito, tal realocação se mostra compatível com e adequada à recente teoria do agir comunicativo aplicada à teoria do delito. Ao final do artigo, serão aventadas algumas possíveis objeções ao tratamento da imputabilidade como pressuposto da ação penal comunicativa, as quais serão uma a uma enfrentadas e combatidas. Sustenta-se, enfim, que o rearranjo ora sustentado, atendendo aos preceitos da política criminal minimalista, tem aptidão para diminuir o espectro de intervenção do Direito Penal e, consequentemente, reduzir a carga de violência existente na sociedade.

Palavras-chave: Teoria do delito – Imputabilidade – Realocação – Pressuposto de ação penal comunicativa – Política criminal minimalista.

of each generation have been exposed, we will propose the restructuring of the institute's analysis to the phase prior to the analysis of the criminal act, as a *condition or presupposition of criminally relevant action*. In effect, such reallocation is compatible with and appropriate to the recent theory of Communicative Action applied to the Theory of Crime. At the end of the article, some possible objections to the treatment of imputability as a presupposition of communicative criminal action will be raised, but faced and rebutted one by one. Finally, we argue that the rearrangement now supported stands in compliance with the precepts of minimalist criminal policy and, therefore, has the capacity to reduce the spectrum of Criminal Law`s intervention and, consequently, reduce the violence existing in society.

Keywords: Theory of Crime – Imputability – Reallocation – Presupposition of communicative criminal action – Minimalist criminal policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O tratamento pré-positivista. 3. A imputabilidade no positivismo de von Liszt. 4. A contribuição neokantista de Frank. 5. A influência contundente de Mezger. 6. Hans Welzel, o finalismo e a capacidade de culpabilidade – a incoerência conceitual. 7. Imputabilidade, dolo e agir comunicativo. 8. Possíveis objeções ao tratamento da imputabilidade como pressuposto da ação penal comunicativa. 8.1. Afastamento completo do tratamento da inimputabilidade pelo direito penal. 8.2. Impossibilidade de se reconhecer a participação. 8.3. Não reconhecimento da legítima defesa. 8.4. Inaplicabilidade das garantias processuais. 8.5. Não se poderia aplicar uma medida de segurança ao autor. 9. Conclusão. 10. Referências.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo específico a análise da posição teórica da imputabilidade que, desde os mais remotos estudos analíticos do delito, vem sendo abordada pelos diversos teóricos que se sucederam. Cada um desses autores, a seu modo, buscou e busca definir seu conteúdo, suas formas de aparição, possíveis graduações, mas sempre questionaram o seu lugar dentro das categorias dogmáticas da teoria, especialmente, a partir do momento em que Franz von Liszt passou a tratá-la dentro de sua construção positivista, como um dos aspectos subjetivos do delito que antecedia à culpabilidade, especialmente, como antecedente do dolo e da culpa.

Brito, Alexis Couto de; Ferraz Junior, Jairton. Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 201. ano 32. p. 17-54. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515932].

É bem verdade que a dogmática penal consiste numa racionalização, numa *tecnologia* (como frequentemente se refere Foucault[1]), de modelos de imputação e atribuição de sanção àqueles que violaram a norma penal. Assim, enquanto mero instrumento de aplicação do poder de punir do Estado, a dogmática é "cega", apenas reflete a conjuntura social e as concepções filosóficas e culturais dominantes num certo momento histórico[2]. Quando se atenta especificamente à imputabilidade e à sua estruturação no bojo da teoria do delito, verifica-se essa mesma constante.

Com efeito, durante boa parte do século XIX, devido à forte influência do pensamento *hegeliano*, a imputabilidade era concebida como pressuposto para a existência da própria conduta penalmente relevante, eis que esta última, enquanto expressão exterior da vontade, exigia um ser humano dotado de capacidade de entendimento e autodeterminação. A ação não era todo e qualquer movimento que pudesse proporcionar um resultado, mas apenas aquele que pudesse ser um "empreendimento" dotado de vontade em busca de uma finalidade. A partir do final do século XIX, devido ao influxo do *positivismo comtiano*, a relação de causalidade passou a dominar o Direito Penal, de modo que a imputabilidade não era mais pressuposto da conduta humana, a qual era concebida unicamente de natureza mecânica (exclusivamente instrumental) e conceituada singelamente como movimento corpóreo produtor de resultado exterior, pouco importando se o agente era ou não imputável e se sua conduta era ou não eivada de vontade; nesse sistema, portanto, a imputabilidade passou a ser aferida apenas no âmbito da culpabilidade, seja como pressuposto desta, seja como seu elemento integrante. Ao longo do século XX, o *neokantismo* paulatinamente foi ganhando força e, consequentemente, influenciando as construções dogmáticas do período: gradativamente, foram sendo atribuídos elementos valorativos e subjetivos à conduta humana (que, portanto, perdeu sua natureza exclusivamente mecânica); não obstante, a imputabilidade (*Zurechnungfähigkeit*), agora vista como capacidade de culpabilidade (*Schuldfähigkeit*), manteve-se no âmbito da culpabilidade, e esta, aliás, também gradativamente foi absorvendo elementos valorativos/normativos até consolidar sua conceituação como reprovabilidade da conduta. Na segunda metade do século XX, com a ascensão do *finalismo* (o que denota a influência que o *neokantismo* ainda exercia no Direito Penal), a ação penalmente considerada retoma o conceito hegeliano de domínio da vontade, o que submete a análise do dolo no momento da ação e da tipicidade, mas a imputabilidade permaneceu no âmbito da culpabilidade, de forma que os inimputáveis, indistintamente, poderiam em tese figurar como autores válidos de uma conduta penalmente relevante (com ou sem dolo), apenas afastando-se posteriormente a sua reprovabilidade. Atualmente, grande parte dos autores ainda aloca a imputabilidade na culpabilidade[3], o que significa dizer que portadores

1. Cf. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014. Especialmente p. 28-34.
2. Nesse sentido, Cf. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82-88.
3. A título exemplificativo, menciona-se: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 3. ed. Algemeiner Teil, 1996. p. 433-434; KÜHL, Kristian. Strafrecht. *Algemeiner Teil*. 5. ed. Munique:

de graves transtornos mentais ainda continuam praticando ações penalmente relevantes, que se conflagram em injustos penais, cujos autores, somente em juízo posterior, podem não receber consequências penais.

Tal estruturação dogmática – a nosso ver – parece não ser a mais adequada, eis que se mostra totalmente desvinculada da realidade concreta. Manter essa configuração significa dizer que um indivíduo que, mesmo portador de alguma anomalia em seu desenvolvimento mental ou de grave transtorno psíquico, não se encontra privado da capacidade de entendimento de sua conduta e que possui autodeterminação a partir disso, e sua conduta pode ser imputada como típica.

Tratando-se de teoria, indagamos se não seria possível uma parcial retomada da concepção hegeliana e consequentemente de uma revisão do conceito de imputabilidade como condição de imputação subjetiva, agora no ambiente da linguagem, e dizer que ao agir do inimputável não se poderia atribuir qualquer significado de ação penal, e por conseguinte, seu tratamento no âmbito jurídico-penal ser afastado. Nesse caso, portanto, dogmaticamente se poderia sustentar a ausência de ação; o inimputável seria incapaz de praticar ação penalmente relevante e, consequentemente, estaria afastada a análise do tipo de injusto e a incidência do Direito Penal como um todo.

Exatamente nesse ponto é que se revela o objetivo do presente trabalho: colocar em discussão o conceito e o lugar da imputabilidade na estrutura dogmática do delito de forma condizente com a *teoria do agir comunicativo*, que se apresenta como a mais adequada para reger a aplicação da teoria do delito no contexto da atual realidade social dos Estados Democráticos de Direito. Também convém esclarecer que embora o que se analisa é a imputação subjetiva, não será objeto deste trabalho o estudo da teoria sobre o dolo, mas apenas a capacidade de se imputá-lo ao inimputável.

Em verdade, como se expôs, a dogmática penal, desde sua gênese, tem passado por um processo contínuo de transformação: sempre evoluindo, se adaptando às novas realidades e refletindo, em grande medida, as concepções filosóficas dominantes à sua época. Nesse sentido, a *teoria do agir comunicativo* vem ganhando notório espaço na dogmática penal, assim, mostra-se necessário um rearranjo da imputabilidade – uma redefinição de seu conceito e posição – para coaduná-la com a referida teoria.

Para se atingir o objetivo aqui proposto sabemos que o ideal seria uma incursão na bibliografia especializada, mormente o desenvolvimento da imputabilidade no século XIX diante da proximidade com as bases hegelianas daquele momento. Contudo, o propósito

---

Vahlen, 2005. p. 296; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Algemeiner Teil*. Baden-Baden, Nomos, 2005. p. 170; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 360; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997. p. 139-140 (sem utilizar a expressão culpabilidade); BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999. p. 423-424. No cenário nacional, a maioria dos manuais também adotam esse entendimento: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 457; PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal.* 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 158; QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 361.

do artigo é fazer uma aproximação pelos autores significativos e de mais fácil acesso, já que a pretensão não é a de esgotar o tema, mas sim iniciar o debate. Por isso, mesmo que a eleição dos autores e das teses a seguir expostas possa ser qualificada de arbitrária, ainda assim servem ao propósito de ilustrar a racionalização que se sucedeu com o referido instituto, o que nos possibilitará encontrar fundamentos hábeis a justificar a reestruturação que ora se pretende conferir.

Assim, nos tópicos que se seguem, procurar-se-á expor as linhas teóricas centrais (quanto à imputabilidade) dos expoentes mais representativos de cada geração.

2. O tratamento pré-positivista

O mais significante e necessário trabalho não poderia deixar de ser o *Die Normen und ihre Übertretung* de Karl Binding. Mesmo havendo uma grande diferença de concepção entre a primeira e segunda edição da obra, é com base na primeira editada em 1872 que grande parte dos autores de expressão da época se fundamentava.

Aos discorrer sobre a capacidade de ação, Binding apoiava seu estudo no conceito de ação sobre a capacidade de adquirir direitos e deveres, ou de contraditá-los. Assim, em suas palavras:

> "A área das ações é dividida, seguindo a distinção entre direitos e deveres, em três grandes categorias. As ações são:
>
> 1. direcionadas para a aquisição de direitos subjetivos ou para o seu exercício ou término; ou
>
> 2. direcionadas para a aquisição de deveres subjetivos ou para o seu exercício ou término; ou
>
> 3. em contradição com deveres legais existentes, ou seja, são delitos. Não se pode pensar em mais ações no sentido jurídico."[4]

Para Binding, a capacidade de ação é a capacidade de realizar pessoalmente ações juridicamente relevantes, que dividia em três tipos: capacidade de ação correta, capacidade de ação obrigatória e capacidade de ação delitiva[5]. Essa capacidade de ação – em especial a delitiva – pressupunha algumas habilidades inerentes ao ser que praticaria a ação. Segundo Binding:

> "A capacidade de ação é uma soma de habilidades elementares. Uma vez que todas as ações têm um conteúdo juridicamente relevante, o indivíduo com capacidade de ação deve ter compreensão do direito e da relação de suas ações com ele. Como as ações devem causar certas mudanças no mundo externo, o agente precisa ter conhecimento da lei da causalidade e uma vasta experiência sobre sua aplicação em situações específicas. Para que o direito possa considerar sua ação como uma mudança juridicamente relevante

4. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 1872. p. 46.

5. Idem.

> no mundo externo, ele deve ser capaz de avaliar corretamente os estímulos para sua ação em sua força motriz e a própria ação em sua razoabilidade ou irracionalidade, além de ter transformado sua própria vontade em ação, não apenas servindo como instrumento de uma força externa."[6]

O autor explica que essa capacidade normativa é fundamental para a ação, como condição *per se*. Somente aqueles que podem valorar suas ações podem ser vinculados pela norma e aquele que é incapaz disso não está sujeito à lei, seu comportamento não é nem lícito nem ilícito[7]. Binding criticava o que chamou de "espetáculo" (*Schauspiels*) da presunção *jure et de jure* sobre a imputabilidade que se baseava em uma presunção de conhecimento da norma por parte de qualquer um por equiparação entre os conceitos de norma e lei, e do brocardo popularizado sobre a impossibilidade de seu desconhecimento. Em outras palavras, como a lei deve ser conhecida por todos e ninguém pode se escusar alegando seu desconhecimento, logo, todos devem também conhecer a norma que fundamenta a lei. Para Binding, que sempre diferençou os conceitos de lei e norma, isso era um erro lamentável, pois a necessidade do conhecimento da norma é considerada uma condição para a imputabilidade, e tratar de modo contrário prejudica gravemente a realização da justiça material.

Em sua segunda edição, Binding aborda a discussão de forma ainda mais positivista, desenvolvendo muito mais o caráter da ação dentro do ordenamento jurídico. Mas não abandona a ideia de que para se cometer um delito, o sujeito deve possuir habilidades elementares que o permitem *compreender* – um conceito muito mais amplo do que *conhecer* – o direito e de como suas ações se relacionam com ele:

> "A capacidade de ação é um conjunto de habilidades elementares. Uma vez que todas as ações têm conteúdo legalmente relevante, o sujeito capaz de agir deve ter compreensão do direito e de como suas ações se relacionam com ele. Uma vez que as ações regularmente pretendem causar mudanças específicas no mundo exterior, o agente precisa ter conhecimento da lei de causalidade e de ampla experiência em sua aplicação específica. Uma vez que o direito o considera o autor de suas próprias ações, ele deve ter sido capaz de avaliar corretamente os estímulos para sua conduta em sua força motivadora, bem como a razoabilidade ou irracionalidade de sua própria conduta, e deve ter realizado sua própria vontade em ação, não sendo apenas um brinquedo nas mãos de uma força externa. Agora, não é minha tarefa entrar em detalhes sobre os elementos da capacidade de exercer

6. "Die Handlungsfähigkeit ist eine Summe von elementaren Fähigkeiten. Da alle Handlungen rechtlich bedeutsamen Inhalt haben, so muss der Handlungsfähige Verständnis für das Recht und für das Verhältniss seiner Handlungen zu ihm besitzen. Da die Handlungen bestimmte Veränderungen in der Außenwelt bewirken sollen, so bedarf der Handelnde der Kenntnis des Gesetzes der Kausalität und reicher Erfahrungen über dessen Anwendung im Einzelnen. Da das Recht seine Tat als eine rechtlich bedeutsame Veränderung der Außenwelt betrachten soll, muss er im Stande gewesen sein die Reize zu seinem Thun in ihrer Triebkraft und sein Thun selbst in seiner Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit richtig zu beurteilen, und er muss seinen eigenen Willen in Tat umgesetzt, nicht lediglich einer fremden Gewalt zum Spielhall gedient haben" (Ibidem, p. 54 – tradução livre).
7. BINDING, Karl. Op. cit., p. 54.

> direitos e realizar ações de aquisição, bem como de encerrar direitos e deveres; no entanto, isso é indispensável para os ramos restantes da capacidade de ação."[8]

A capacidade de cometer um delito, para Binding, está condicionada à habilidade de conhecer a norma, reconhecer o conteúdo da decisão em relação a ela, decisão esta a "serviço" da vontade[9]. Todas as demais seriam "ações", mas não "condutas". Mesmo em uma abordagem face a causalidade, qualquer ação desconectada da vontade seria estranha ao direito, ou seja, não seriam condutas, apenas "acaso":

> "Com base em uma divisão preliminar de todas as causas em dois grandes grupos, o direito chega à sua divisão definitiva. Ele separa inicialmente a vontade humana como causa de todas as outras causas. Dentro das ações da vontade humana, ele faz outra separação. A causa normal das mudanças no campo do direito é, de acordo com uma compreensão estabelecida e inabalável do direito, apenas a vontade dos sujeitos de direito, considerados dotados de capacidade de vontade jurídica. Todas as outras ações dos seres humanos são

8. "Die Handlungsfähigkeit ist eine Summe von elementaren Fähigkeiten. Da alle Handlungen rechtlich bedeutsamen Inhalt haben, so muss der Handlungsfähige Verständnis für das Recht und für das Verhältnis seiner Handlungen zu ihm besitzen. Da die Handlungen regelmäßig bestimmte Veränderungen in der Außenwelt bewirken sollen, so bedarf der Handelnde der Kenntnis des Gesetzes der Kausalität und reicher Erfahrungen Über dessen Anwendung im Einzelnen. Da das Recht grade ihn als Täter seiner Taten betrachten will, muss er im Stande gewesen sein, die Reize zu seinem Tun in ihrer Triebkraft und sein Tun selbst in seiner Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit richtig zu beurteilen, und er muss seinen eigenen Willen in Tat umgesetzt, nicht lediglich einer fremden Gewalt zum Spielball gedient haben. Es ist nun nicht meine Aufgabe, hier näher einzugehen auf die Elemente der Fähigkeit zu Rechtsausübungs-Handlungen und zu Handlungen des Erwerbs, sowie der Endigung von Rechten und Pflichten; wol aber ist dies unumgänglich für die noch übrigen Zweige der Handlungsfähigkeit" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2. ed. 1914. p. 132 – tradução livre).

9. "So lässt sich die Fähigkeit zur Pflichthandlung, welche zugleich die Fähigkeit zum Delikt ist, definieren als das durch Normkenntniss bedingte Vermögen, den Inhalt sowohl des Entschlusses als der Tat in seinem Verhältnis zur Norm zu erkennen, den Entschluss durch im Dienst des eignen Willens stehende, in ihrer Tragweite erkennbare Kraftäusserung zu verwirklichen und mittels des Pflicht Motives die Handlung im Einklang mit der Norm zu erhalten. Kürzer: das Vermögen die eigene Tat im Verhältnisse (*sic*) zur Norm zu erkennen und im Einklange mit ihr zu erhalten. Die Taten aller Menschen, denen dabei auch nur eines dieser Elementarvermögen gefehlt hat, dulden keine Messung an dem Gesetz, mögen sie für das Recht verderblich gewesen sein oder ohne solche Schädigung für ihr Dasein Raum gewonnen haben. Sie sind 'Taten', aber keine 'Handlungen'". (tradução livre: Portanto, a capacidade de ação por dever, que também é a capacidade de cometer um delito, pode ser definida como a capacidade condicionada pelo conhecimento normativo de reconhecer o conteúdo tanto da decisão quanto da ação em relação à norma, realizar a decisão por meio de uma manifestação de poder reconhecível em sua extensão, a serviço da própria vontade, e manter a ação em conformidade com a norma por meio do motivo de obrigação. Em resumo: a capacidade de compreender a própria ação em relação à norma e mantê-la em conformidade com ela. Qualquer ação que não possua um desses elementos fundamentais não pode ser avaliada com base na lei, mesmo que possam ter prejudicado algum direito ou não. São "ações", mas não "condutas"). BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2. ed. 1814. p. 170.

> causas estranhas ao direito. Assim, surge a grande divisão de todas as causas no sentido jurídico, que é compreendida em contraposição entre ação e acaso."[10]

Além de Binding, impressiona a dogmática desenvolvida por Merkel por sua coerência e riqueza teórica, demonstrando possuir o professor alemão do século XIX um pensamento avançado, admiravelmente evoluído à sua época[11]. No que tange à imputabilidade, pode-se afirmar que ele construiu o protótipo do modelo dogmático sustentado neste artigo, posto que tratava a imputabilidade anteriormente à análise do próprio injusto penal, definindo-a como *condição de ação punível*, ou, mais especificamente, como *condição para o agente ser considerado sujeito do delito*. Seu pensamento certamente se deve ao fato de que o positivismo sociológico e suas concepções ainda não eram prevalentes e, portanto, seu sistema mantinha como base a imputação da ação como empreendimento humano sob influência de Hegel e, consequentemente, Binding.

Destaca-se, nessa esteira, que, no final do século XIX, Merkel concebia a imputabilidade de forma autônoma, desvencilhada da culpabilidade. E isso se mostra bem evidente quando se observa, em sua obra[12], que ele trata da imputabilidade em capítulo distinto do qual trata da culpabilidade: aborda a imputabilidade no capítulo intitulado "O Sujeito das Ações Puníveis" e a culpabilidade no capítulo "Imputação e Culpabilidade" (o qual é dividido em subcapítulos, sendo um deles referente ao dolo e à culpa, as formas pelas quais a culpabilidade se apresenta, segundo a concepção *merkeliana*).

---

10. "Auf Grund einer vorläufigen Teilung aller Ursachen in zwei große Gruppen langt das Recht bei seiner definitiven Zweiteilung an. Es scheidet zunächst den menschlichen Willen als Ursache von allen anderen Ursachen, Innerhalb der menschlichen Willenstaten trennt es aber zum andern Male. Normale Ursache der Veränderungen auf dem Rechtsgebiete ist allein nach feststehender unerschütterlicher Auffassung des Rechts der Wille der Rechtssubjekte, die es als mit rechtlicher Willens-fähigkeit ausgestattet betrachtet: alle anderen Taten der Menschen sind rechtsfremde Ursachen. Und so entsteht die große Zweiteilung aller Ursachen im Rechtssinn, die unter dem Gegensatz von Handlung und Zufall begriffen wird" (BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 2. ed. 1914. p. 481 – tradução livre).
11. Isso se constata não só pelas considerações feitas neste item (sobre a imputabilidade), mas também pelo fato de ter sido ele o grande precursor da chamada *Teoria do Tipo Total do Injusto*, a qual preconiza ser o *tipo penal* composto tanto por *elementos positivos* quanto por *elementos negativos*, sendo estes aqueles que afastam possíveis causas de justificação (ou excludentes de antijuridicidade) daqueles; ademais, por tal teoria, se perfaz uma *aglutinação total* entre *tipicidade* e *antijuridicidade*, o que significa que a presença de uma causa de justificação elimina não apenas a antijuridicidade da conduta mas também a própria tipicidade. Merkel é apontado como o precursor dessa teoria porque, em seu *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de 1889, sustentava a exclusão da tipicidade e do dolo diante de situações de erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, dando, assim, aporte teórico às decisões do Supremo Tribunal Imperial Alemão, que já vinha aplicando tal solução diante da lacuna do Código Penal de 1871. Para uma abordagem sobre a *Teoria do Tipo Total do Injusto* e sobre a colaboração de Merkel, vide: FERRAZ JÚNIOR, Jairton. Teoria dos elementos negativos do tipo: um modelo dogmático de contração do direito penal. In: BRITO, Alexis Couto de (Org.). *Caderno de ciências penais*: reflexões sobre as teorias da antijuridicidade. São Paulo: Plêiade, 2019.
12. MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889. p. 49 e ss.

Merkel aduz que só pode ser autor de um delito o indivíduo a cuja vontade possam ser atribuídas, do ponto de vista penal, certas *propriedades relevantes*, as quais constituem sua imputabilidade. Tais *propriedades relevantes*, pertencentes ao indivíduo, seriam: a) a capacidade de discernimento jurídico *(Rechtliche Unterscheidungsfähigkeit)*, isto é, a faculdade de reconhecer os caracteres constitutivos do fato, ou seja, de reconhecer sua qualidade danosa ou perigosa e sua contradição às normas vigentes do Estado; e b) a capacidade de disposição intelectual (*Geistige Dispositionsfähigkeit*), ou seja, a capacidade de agir sobre a nossa individualidade intelectual de acordo com essa consciência e, assim, reagir contra os incentivos ao agir por meio desse reconhecimento de uma forma que corresponda à nossa constituição mental e aos interesses nele enraizados[13].

Assim, o indivíduo desprovido de faculdade de discernimento e/ou de capacidade espiritual não praticaria qualquer ação penalmente relevante e, consequentemente, não seria susceptível de receber a sanção penal correspondente. Até mesmo porque, nas próprias palavras de Merkel, tais propriedades "a capacidade de fazer distinções e a capacidade de ter disposições mentais são a base do poder de uma pessoa para se afirmar na vida social como um fator independente e eficaz em sua própria medida" (autodeterminada). Essa é então a precondição para poder responsabilizá-la por qualquer evento nessa esfera, para poder imputá-la pelo fato, pois este poder inclui a "liberdade da vontade", que "nada mais é do que a ausência de impedimentos à expressão daquele poder: agir de acordo com sua própria medida"[14].

3. A imputabilidade no positivismo de von Liszt

Inicialmente é interessante lembrar que antes de ser considerado o grande nome do positivismo sociológico, von Liszt toma de Binding o conceito de imputabilidade – conforme expressa citação em nota de rodapé – bem como o coloca como pressuposto, e não como elemento integrante da culpabilidade:

13. "1. Rechtliche Unterscheidungsfähigkeit, d. i. Fähigkeit, die in Betracht kommenden Merkmale betreffender Thaten (*sic*), also ihre Schädlichkeit oder Gefährlichkeit und ihren Widerspruch mit den im Staate geltenden Normen, zu erkennen.

    2. Geistige Dispositionsfähigkeit, dass ist Fähigkeit, jenem Erkennen gemäß unsere geistige Individualität zu bethätigen (*sic*) und also gegen die durch jene Erkenntnis vermittelten Anreize zum Handeln in einer Weise zu reagieren, welche unserer geistigen Beschaffenheit und den darin wurzelnden Interessen entspricht" (MERKEL, Adolf. Op. cit., p. 53 – tradução livre).

14. "Unterscheidungsfähigkeit und geistige Dispositionsfähigkeit begründen die Macht einer Person, sich im gesellschaftlichen Leben als ein selbständiger nach eigenem Maße wirksamer Faktor geltend zu machen. Diese aber ist die Voraussetzung dafür, dass wir sie für irgendein Geschehen in dieser Sphäre verantwortlich machen, ihr ein solches auf Rechnung setzen können. Diese Macht schließt 'die Freiheit des Willens' in sich. Denn diese ist nichts anderes als die Abwesenheit von Hemmungen für die Äußerung jener Macht einer Person: wirksam zu sein nach eigenem Maße". (Idem, ibidem – tradução livre).

> "A capacidade de imputação é a capacidade de ação no âmbito do direito penal. A capacidade de ação, no sentido jurídico, é a habilidade de realizar ações juridicamente relevantes, ou seja, aquelas ações às quais o direito objetivo vincula a ocorrência de consequências jurídicas. Portanto, a capacidade de imputação é a habilidade de realizar ações penalmente relevantes, ou seja, aquelas que acarretam a imposição de uma pena. É a capacidade de ser responsabilizado criminalmente.
>
> A capacidade de imputação consiste em um conjunto de habilidades elementares. Pressupõe autoconsciência e consciência do mundo exterior; compreensão da posição do eu em relação a ele em geral e ao mundo jurídico em particular; conhecimento da lei causal; um conjunto de conceitos éticos, religiosos e jurídicos etc. Ela é a posse mental normal gradualmente adquirida na escola da vida por pessoas mentalmente maduras e mentalmente saudáveis."[15]

É a von Liszt que se atribui a primazia na estruturação de um modelo analítico do delito, sendo considerado o pioneiro da dogmática penal. E a imputabilidade, nesse seu modelo (do final do século XIX), já ocupava um lugar de destaque.

Vale ponderar que até o final do século XIX, a imputabilidade não havia sido tratada de forma metódica dentro de um modelo dogmático de delito. Apenas se pode deduzir, devido à forte influência do pensamento *hegeliano* à época, que os inimputáveis estariam excluídos do conceito de ação, eis que esta era concebida como a manifestação exterior da vontade e os inimputáveis não poderiam agir com vontade, por faltar-lhes capacidade de entendimento e autodeterminação. Para Hegel, aliás, o direito era o elemento decisivo para possibilitar a manifestação empírica da vontade livre no mundo[16], do que se pode concluir que os inimputáveis, aos quais faltam as condições para portarem uma vontade livre, não poderiam atuar de modo juridicamente relevante.

A relevância da vontade para o conceito de ação e de delito fez com que Graf Zu Dohna sempre defendesse a preponderância desta sobre o caráter antijurídico da ação. "Um delito é uma ação culpável antijurídica". Temos que lembrar que nessa construção não havia ainda sido consagrada a categoria da tipicidade, melhor desenvolvida posteriormente por Beling. Então, a teoria do delito ou o tratava como uma ação antijurídica culpável ou como uma ação culpável antijurídica. O aspecto subjetivo da intenção (ou dolo) era tão importante

15. "Zurechnungsfähigkeit ist strafrechtliche Handlungsfähigkeit. Handlungsfähigkeit aber im juristischen Sinne ist die Fähigkeit, juristisch relevante Handlungen vorzunehmen, d. h. solche Handlungen, an welche als Tatbestand das objektive Recht den Eintritt von Rechtsfolgen knüpft. Mithin ist Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit, strafrechtlich relevante, d. h. den Eintritt der Straffolge nach sich ziehende Handlungen vorzunehmen; die Fähigkeit also, strafrechtlich verantwortlich gemacht zu werden. Die Zurechnungsfähigkeit besteht aus einer Summe von elementaren Fähigkeiten. Sie setzt voraus Selbstbewusstsein und Bewusstsein der Außenwelt; Einsicht in die Stellung des Ich zu dieser überhaupt und zur Rechtswelt insbesondere; Kenntnis des Kausalgesetzes; eine Summe von ethischen, religiösen und rechtlichen Vorstellungen usw. Sie ist der allmählich in der Schule des Lebens erworbene normale geistige Besitz des geistig reisen und geistig gesunden Menschen" (LISZT, Franz von. *Das deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin, 1881. p. 95 – tradução livre).

16. Cf. BINDER, Julius. *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. Hamburg: Severus, 2013. p. 95.

que Graf Zu Dohna chega a chamar de pleonasmo inserir a culpabilidade (o subjetivo) no conceito de delito:

> "No entanto, a inclusão do atributo 'culpável' na descrição é um pleonasmo: assim que uma ação adquire caráter antijurídico, a antijuridicidade se torna um atributo intrínseco da própria ação, em outras palavras, se 'antijurídico' é o predicado para o sujeito 'ação', então essa ação antijurídica é necessariamente uma ação culpável. Pois bem: a ação é a vontade objetivada. Se a antijuridicidade é um atributo da ação, então ela abrangida pela vontade; portanto, essa vontade é uma vontade culpável. A partir disso, segue-se ainda que a única forma possível de culpabilidade no âmbito da ação é a intenção. Pois a intenção se refere à vontade direcionada a um objeto específico."[17]

Apesar de todo o acerto dessa concepção *hegeliana*, que se revela apropriada e coerente, ainda não se falava em imputabilidade enquanto elemento de um modelo dogmático da teoria do delito. Quem primeiro conferiu tratamento metódico à imputabilidade foi Liszt – agora um "novo" Liszt, pressionado pela necessidade de ser científico/empírico – que, no âmago de seu modelo bipartido do delito, a qualificava como *capacidade* ou *pressuposto* de *culpabilidade*. Segundo o referido modelo, havia um elemento objetivo (o *injusto*) separado de forma rígida do elemento subjetivo (a *culpabilidade*), sendo a *culpabilidade* entendida apenas como a relação psíquica do autor com o resultado, podendo assumir duas vertentes: ou o dolo ou a imprudência. Assim, se fosse averiguada a inimputabilidade do autor restaria prejudicada, de antemão, a análise da culpabilidade, já de plano afastada. Consequentemente, o autor não faria jus ao recebimento da sanção penal.

Veja-se, nessa esteira, como Liszt conceitua a imputabilidade:

> "A possibilidade de atribuir culpabilidade a um determinado autor com base em seu comportamento, responsabilizando-o por seu comportamento culpável, pressupõe que ele tenha a capacidade geral de reconhecer corretamente as exigências sociais e agir de acordo com esse conhecimento (acima de $ 36 III 3a). Para essa capacidade, a expressão 'imputabilidade' (linguisticamente questionável) foi estabelecida na legislação e na ciência. Pode-se designá-la brevemente como a capacidade (geral) de comportamento social, ou seja, uma determinação com propósito que corresponda às exigências da convivência estatal entre as pessoas. Apenas na medida em que essa capacidade estiver presente no momento do ato, o comportamento antissocial pode ser atribuído como culpável.

17. "Ein Delikt ist eine rechtswidrige schuldhafte Handlung. [...] Dabei bedeutet nun aber die Ausführung des Merkmals „schuldhaft" einen Pleonasmus: sobald einer Handlung rechtswidriger Charakter eignet, die Rechtswidrigkeit Merkmal der Handlung ist, m. a. W. wenn „rechtswidrig" das Prädikat für das Subjekt „Handlung" bildet, dann ist diese rechtswidrige Handlung notwendig gleichzeitig eine schuldhafte. Denn: Handlung ist objektivierter Wille. Ist die Rechtswidrigkeit Merkmal der Handlung, so ist sie vom Willen umfasst; dieser Wille also ist ein schuldhafter. Schon hieraus ergibt sich des weiteren, dass die einzig mögliche Schuldform im Bereiche der Handlung der Vorsatz ist. Denn Vorsatz bezeichnet den auf ein bestimmtes Objekt gerichteten Willen" (GRAF ZU DOHNA, Alexander. Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen. In: *ZStW* 27, 1907. p. 329 – tradução livre).

Por outro lado, onde a 'capacidade de adaptação social' estiver ausente e, portanto, não se pode contar com um curso adequado do processo motivacional e não se pode esperar uma ação conforme a norma, não há sentido em se questionar sobre a culpabilidade do agente; além disso, também não fará sentido tentar motivar por meio da ameaça de pena e de sua execução.

O que foi dito mostra que, assim como a culpabilidade (acima do § 36), cujo pressuposto é a imputabilidade, ela própria é um conceito de relação no qual um elemento psicológico (ser) está entrelaçado com um elemento normativo (dever ser).

A norma à qual a 'capacidade' psicológica (intelectual e emocional) envolvida na imputabilidade deve ser referida é a norma social do dever ser. O ser humano deve compreender as exigências da vida social por meio do seu raciocínio, e deve ser capaz de por elas ser motivado.

Psicologicamente, no entanto, esse 'ser capaz' significa que a psique do autor possui a riqueza de representações necessária para a plena integração social, que a associação das representações ocorre de forma normal e com velocidade normal, que a ênfase emocional das representações e, portanto, a força motivadora das normas gerais, legais, morais, religiosas etc., corresponde à média, e que a direção e intensidade dos impulsos da vontade não oferecem nada essencialmente anormal. Pois, uma vez que só podemos inferir a consciência dos outros a partir da nossa própria, e só podemos prever as reações dos outros com base nas nossas próprias, a semelhança do outro conosco, sua concordância com o tipo abstraído de nossa experiência, é uma condição para a imputação. Nesse sentido, a imputabilidade pode ser definida como a normal determinabilidade. Portanto, qualquer pessoa mentalmente madura e mentalmente saudável, em plena consciência, é imputável. O conteúdo normal e a força motivadora normal das representações em relação às exigências da vida social constituem a essência da imputabilidade."[18]

18. "Die Möglichkeit, einem bestimmten Täter aus seinem Verhalten einen Schuldvorwurf zu machen, ihm sein Verhalten zur Schuld zuzurechnen, setzt voraus, dass er die allgemeine Fähigkeit hat, die sozialen Anforderungen richtig zu erkennen und dieser Erkenntnis gemäß zu handeln (oben $ 36 III 3a). Für diese Fähigkeit hat sich der (sprachlich bedenkliche) Ausdruck 'Zurechnungsfähigkeit' in Gesetzgebung und Wissenschaft eingebürgert. Man kann sie kurz bezeichnen als die (allgemeine) Fähigkeit zu sozialem Verhalten, d. h. zu einer Zwecksetzung, die den Erfordernissen des staatlichen Zusammenlebens der Menschen entspricht. Nur soweit diese Fähigkeit zur Zeit der Tat vorhanden ist, kann antisoziales Verhalten zur Schuld zugerechnet werden.

Wo dagegen die 'soziale Anpassungsfähigkeit fehlt', wo demgemäß mit einem pflichtgemäßen Ablauf des Motivationsprozesses überhaupt nicht gerechnet, normgemäßes Handeln nicht erwartet werden kann, da hat es keinen Sinn, die Frage nach dem Verschulden des Handelnden aufzuwerfen; da wird es überdies keinen Sinn mehr haben, durch die in Strafdrohung und Strafvollzug enthaltene Motivsetzung motivieren zu wollen.

Das Gesagte zeigt: Genau wie die Schuld (oben § 36), deren Voraussetzung die Zurechnungsfähigkeit ist, ist diese selbst ein Beziehungsbegriff, in dem ein psychologisches (Seins-) Element mit einem normativen (Sollens-) Element verschlungen ist.

Die Norm, auf welche die in der Zurechnungsfähigkeit steckende psychische (intellektuelle und emotionale) 'Fähigkeit' bezogen werden muss, ist die soziale Sollensnorm. Die Anforderungen des sozialen Lebens, nicht die Paragraphen der Gesetze, muss der Mensch mit seinem Denken erfassen, durch sie muss er sich motivieren lassen 'können'.

Sempre se afirmou que, no modelo de Liszt, a imputabilidade não era pressuposto da ação e sim da culpabilidade, sempre com base nas primeiras traduções de Liszt para o português ou o espanhol. Isso porque a ação revestia-se de uma natureza puramente causal, mecanicista, refletindo a forte influência do *positivismo comtiano* ao final do século XIX, e a adoção por Liszt do conceito de determinismo e não de livre-arbítrio. Mas nas últimas edições de sua obra, mesmo mantendo o determinismo, conforme o texto supracitado, além da culpabilidade ser definida como uma concepção psicológica, consistindo na fase em que deveriam ser analisadas as relações cognitiva e volitiva do autor com o *injusto* (entendido este como sendo o resultado exterior da ação corporal daquele), nota-se a importância da imputabilidade como fator condicionante dessa mesma conexão psicológica do injusto, de tal modo que a incapacidade de se conectar com o "dever ser" impossibilitaria a afirmação do dolo, ou seja, impediria a investigação sobre a existência ou não de dolo ou mesmo de culpa. Se a imputabilidade não era um pressuposto da ação por esta ser apenas um movimento mecânico corporal, era pressuposto para a constatação de que havia conexão psicológica (dolo) com o fato praticado.

4. A contribuição neokantista de Frank

Frank foi quem primeiro se dedicou ao estudo aprofundado da culpabilidade. Ele, de fato, revolucionou a dogmática da culpabilidade ao provocar, no início do século XX, o "giro normativo" do instituto, sendo considerado o criador da *concepção psicológica-normativa*, a qual em certa medida predomina na doutrina até os dias atuais. E, diferentemente de Liszt, partia da aceitação do livre-arbítrio como fundamento da reprovação da conduta, como a liberdade capaz de confrontar o estímulo ao crime a partir de suas concepções e julgamentos de valor.

Nessa concepção, a imputabilidade adquiriu um novo lugar na teoria do delito. Isso porque a culpabilidade – por ele definida como *reprovabilidade da conduta* (valoração negativa conferida à conduta reprovada) – passou a comportar outros elementos além do dolo e

Psychologisch aber bedeutet dieses 'Können', dass die Psyche des Täters über den zur sozialen Vollwertigkeit erforderlichen Reichtum an Vorstellungen verfügt, dass die Verknüpfung der Vorstellungen in normaler Weise und mit normaler Geschwindigkeit erfolgt, dass die Gefühlsbetonung der Vorstellungen und damit die motivierende Kraft der allgemeinen, rechtlichen, sittlichen, religiösen usw. Normen dem Durchschnittsmaß entspricht, dass Richtung und Stärke der Willensimpulse nichts wesentlich Abnormes bieten. Denn da wir nur aus unserem Bewusstsein auf das der anderen Menschen schließen, nur aus unserer Reaktionsweise die der übrigen vorher berechnen können, ist die Ähnlichkeit des anderen mit uns, seine Übereinstimmung mit dem aus unserer Erfahrung abstrahierten Typus, Voraussetzung der Zurechnung. In diesem Sinne kann die Zurechnungsfähigkeit bestimmt werden als normale Determinierbarkeit. Zurechnungsfähig ist mithin jeder geistig reife und geistig gesunde Mensch bei ungetrübtem Bewusstsein. Normaler Inhalt und normalmotivierende Kraft der Vorstellungen in Bezug auf die Anforderungen des sozialen Lebens machen das Wesen der Zurechnungsfähigkeit aus. Mit der Hypothese der Willensfreiheit (oben § 5 II I) hat der Begriff nichts zu tun" (LISZT, Franz von; SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlim: De Gruyter, 1932. p. 239-241 – tradução livre).

da imprudência, capazes de diminuir ou excluir a reprovabilidade do comportamento humano[19], e entre esses novos elementos insere-se também a imputabilidade que, no modelo de Frank, não é mais a capacidade ou pressuposto da culpabilidade (como o era no modelo de Liszt), mas sim um de seus próprios elementos integrantes[20]. Vislumbra-se, pois, que Frank conferiu uma estrutura tripartite à culpabilidade[21], que passou a contar com três pilares principais: 1) *imputabilidade*; 2) *dolo ou culpa (imprudência)*; 3) *circunstâncias concomitantes*.

Há uma afirmação muito frequente na doutrina atribuída a Frank sobre o inimputável agir com o dolo, que nunca foi rebatida. Para Frank, supostamente um inimputável agiria com dolo e ainda assim não seria culpável (reprovável) por sua condição de inimputabilidade. Com base nessa afirmação, o "agir dolosamente" não seria afetado pela inimputabilidade. Mas o que escreve Frank sobre a atuação do inimputável não é exatamente isso, quando fundamenta que a inimputabilidade deveria ser integrante da culpabilidade:

> "As vantagens de tal concepção surgem principalmente na doutrina da participação. Se ela tem um caráter acessório, então não é possível aplicá-la à conduta de uma pessoa que não é responsável penalmente, pois essa pessoa não age com culpabilidade. No entanto, a argumentação de que o indivíduo inimputável não 'age' de forma alguma no 'sentido jurídico' revela-se uma medida de conveniência. Por outro lado, também não é possível inferir a partir do fato de que o inimputável pode agir com dolo ou imprudência que ele também é capaz de cometer uma ação criminosa. Pois em breve ficará evidente que dolo e negligência podem existir sem culpa."[22]

19. Tais elementos eram por ele denominados de *circunstâncias concomitantes*, as quais atuavam sobre o fato e sobre o agente. Ele exemplifica a existência desses elementos com duas situações hipotéticas: na primeira, dois caixas desviavam dinheiro de um comércio, porém, um tinha uma mulher doente e dois filhos pequenos, enquanto o outro era abastado e com uma família em ótimas condições. Não há dúvidas de que, ainda que ambos os caixas agiram com dolo, a conduta do primeiro, dadas as circunstâncias, é menos reprovável que a do segundo. A mesma avaliação se pode fazer da segunda situação hipotética, na qual FRANK analisa a culpa (negligência): o guarda ferroviário que erra ao acionar os desvios logo no início de seu turno, descansado, seria mais reprovável do que aquele que o faz após doze horas ininterruptas de trabalho. Vide: FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Giessen: Alfred Töpelmann, 1907. p. 4-5.
20. Frank afirma com assertividade: "à culpabilidade pertence a imputabilidade. Esta não é capacidade de culpabilidade, nem pressuposto de culpabilidade, senão elemento pertencente à culpabilidade" (zur Schuld gehört die Zurechnungsfähigkeit. Sie ist nicht Schuldfähigkeit, nicht Schuldvoraussetzung, sondern sie gehört zur Schuld). Ibidem, p. 9.
21. Ibidem, p. 9-13.
22. "Die Vorzüge einer solchen Auffassung treten in erster Linie bei der Lehre von der Teilnahme hervor. Hat diese akzessorischen Charakter so ist sie an der Tat eines Unzurechnungsfähigen deshalb nicht möglich, weil er nicht schuldhaft handelt. Die Begründung aber, daß der Unzurechnungsfähige im 'Rechtssinne' überhaupt nicht 'handle', stellt sich als ein Verlegenheitsbehelf heraus. Anderseits ist es auch nicht möglich, aus dem Umstände, daß der Unzurechnungsfähige immerhin vorsätzlich oder fahrlässig handeln kann, zu schließen, daß er darum auch imstande sei, eine strafbare Handlung zu begehen. Denn daß Vorsatz und Fahrlässigkeit denkbar sind ohne Schuld, wird sich alsbald zeigen" (Ibidem, p. 9 – tradução livre).

Ousamos discordar de interpretação que se dá sobre o inimputável agir "com dolo ou imprudência" a partir do próprio Frank e de seus conceitos de "dolo" (*Vorsatz*) que, a nosso ver, não abrangia o conteúdo que a ele se quer atribuir. A nosso ver, o *Vorsatz* a que se refere Frank tem muito mais aproximação à intenção, no sentido de a ação ser consciente e voluntária, e no contexto de sua crítica à construção de que bastaria a constatação do dolo para que a culpabilidade estivesse igualmente comprovada. Em sua concepção, a culpabilidade era mais que dolo ou imprudência. O causalismo, tanto o naturalista quanto o valorativo, diferencia a vontade do conteúdo da vontade. Para o neokatismo, a ação ou omissão humana tem que ser voluntárias, entendendo a vontade como um simples impulso ou desejo de causar um resultado externo. Todavia, considera que não faz parte da ação o conteúdo da vontade, ou seja, a finalidade que persegue o sujeito com esse comportamento. O conteúdo da vontade segue se mantendo na culpabilidade (dolo).

O próprio Frank, ao conceituar o *dolus* ou intenção (*vorsazt*) quando analisa o § 59 do StGB de 1871, afirma que faz parte dele a *vontade de praticar uma ação e a representação das suas consequências.* A representação deve abranger todas as circunstâncias da ação que pertencem ao elemento objetivo do tipo legal e o dolo pode ser definido como a vontade de agir com representação específica ou aprovadora das circunstâncias da ação que pertencem ao elemento objetivo do tipo legal e a possibilidade do agente de valorar sua ação[23]. Para isso, deve levar em consideração a natureza específica de cada delito, e assim deve-se aplicar o princípio fundamental de que o dolo inclui a consciência de que a ação se dirige contra o interesse (bem jurídico) ou o dever específico, cuja violação ou ameaça objetivamente preenche o elemento externo do tipo penal. Isso não exige simplesmente a consciência da ilicitude, pois a consciência de violar um bem ou interesse de determinada natureza não está necessariamente ligada à outra, de que a violação é ilícita[24].

Pois bem, então para Frank a imputabilidade está diretamente ligada ao livre-arbítrio. Se a liberdade é um elemento da culpabilidade, então a atribuição de uma ação como

23. "Wo immer von Vorsatz die Rede ist, gehört zu ihm der Wille zu einer Handlung und die Vorstellung von der Tragweite. Für das Gebiet der strafbaren Handlungen spezialisiert das der erste Absatz in dem Sinne, dass sich die Vorstellung auf alle zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände beziehen muss. Berücksichtigt man noch die Ausführungen unter V über die Bestimmtheit der Vorstellung, so lässt sich der strafbare Vorsatz bestimmen als der Handlungswille bei bestimmter oder billigender Vorstellung der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände. Dem wäre, sofern man den Ausführungen unter III. 2. beitritt, noch hinzuzufügen: und vorhandener Bewertungsmöglichkeit der Handlung" (FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 179).

24. "Die Frage kann nicht gelöst werden ohne Rücksicht auf die Natur der einzelnen Delikte. So andeutungsweise schon Rupp. Dabei hat als oberster Grundsatz zu gelten: Zum Vorsatz gehört das Bewusstsein, dass sich die Handlung gegen dasjenige Interesse (Rechtsgut) oder diejenige spezielle Pflicht richtet, durch deren Verletzung oder Gefährdung objektiv der äußere Tatbestand erfüllt wird. Damit wird nicht schlechthin das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gefordert. Denn mit dem Bewusstsein, ein Gut oder Interesse bestimmter Art zu verletzen, ist durchaus nicht notwendig das andere verbunden, dass die Verletzung rechtswidrig ist" (FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 183).

culpável depende da liberdade do agente. Essa liberdade deve estar presente tanto internamente quanto externamente, internamente em relação à constituição mental do autor, externamente em relação às circunstâncias em que ele age. A capacidade de atribuição dada pela liberdade interna ou livre-arbítrio é chamada de Imputabilidade. Assim:

> "O legislador considera o livre arbítrio como algo normal e, portanto, só se ocupa da sua falta. Ele não o faz no sentido do método psicológico, que declara a inimputabilidade como sendo completamente afastada na falta de livre arbítrio, independentemente de sua causa. Ele também não o faz no sentido do método etiológico ou biológico, segundo o qual certas circunstâncias (especialmente doença mental) sempre causam falta de livre arbítrio e, portanto, inimputabilidade. Ele segue, ao invés disso, o método misto, segundo o qual apenas certas razões podem causar a falta de livre arbítrio, e em cada caso individual é necessário verificar se isso ocorre."[25]

A falta de livre-arbítrio ou a exclusão da livre determinação da vontade refere-se ao grau em que a capacidade mental deve se desviar do normal para anular a imputabilidade, seja a causa da divergência a inconsciência ou um distúrbio patológico. A liberdade da determinação da vontade não significa ausência de causa, mas é inicialmente entendida no sentido psicológico, ou seja, como a presença da capacidade de inibição, isto é: a habilidade de confrontar o estímulo para agir de tal forma que a pessoa possa avaliá-lo corretamente e opor-lhe representações inibitórias a partir de suas concepções e julgamentos de valor. Aquele que distorce o mundo exterior devido a alucinações ou interpreta erroneamente devido a ilusões, não é livre.

Entendemos que por isso Frank não relaciona diretamente a imputabilidade como uma capacidade de agir, já que o agir depende da consciência e voluntariedade como movimento esperado a partir da compreensão do desvalor da ação e de suas consequências, e a imputabilidade seria a condição mental e psicológica normal que possibilitaria o freio ao comportamento intencional. Talvez preso ao pensamento analítico e agregador que formulava – no qual acrescentava à ação e subsequentemente à culpabilidade o aspecto normativo – agrega à culpabilidade a imputabilidade em momento sistemático posterior como causa de exclusão de uma ação que é causa de um resultado criminoso. Mas se por um lado associa a vontade e a liberdade à imputabilidade, e, por outro, afirma que a ação dolosa pode ser definida como a vontade de agir com representação específica ou aprovadora das circunstâncias da ação que pertencem ao elemento objetivo do tipo legal e a possibilidade do agente

25. "Der Gesetzgeber sieht die Willensfreiheit als das Normale an und befasst sich daher nur mit der Willensunfreiheit. Das tut er nicht im Sinne der psychologischen Methode, die bei Willensunfreiheit ohne Rücksicht auf ihre Ursache schlechthin die Zurechnungsfähigkeit für aufgehoben erklärt. Er tut es auch nicht im Sinne der ätiologischen oder biologischen Methode, nach der gewisse Umstände (namentlich Geisteskrankheit) stets die Willensunfreiheit und damit die Unzurechnungsfähigkeit bewirken. Er befolgt vielmehr die gemischte Methode, nach der nur bestimmte Gründe Die Willensunfreiheit bewirken können und in jedem Einzelfalte geprüft werden muss, ob sie es tun" (FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1931. p. 147 – tradução livre).

de valorar sua ação, trata da mesma circunstância nos dois momentos, mas apenas de perspectivas diferentes.

5. A influência contundente de Mezger

Mezger deu sequência à estruturação dogmática neokantista de Frank e Mayer, mantendo o entendimento da imputabilidade como capacidade ou pressuposto da culpabilidade, isto é, como seu requisito prévio. Destaca-se, no entanto, que ele, de maneira impactante e única até então, alavancou o desenvolvimento teórico-dogmático da culpabilidade, tornando-a teoricamente mais compatível com a legislação penal aplicável à sua época.

A imputabilidade, para ele, consistia no conjunto de propriedades pessoais – inerentes ao agente ao tempo da ação – exigíveis para a imputação a título de culpabilidade, de modo que o inimputável, por atuar sem culpabilidade, não praticaria delito algum. Nessa esteira, menciona-se, pela clareza e representatividade, o seguinte excerto de sua obra:

> "A inimputabilidade não é incapacidade de ação, ou incapacidade de reconhecer a antijuridicidade, ou incapacidade de ser punido, mas sim incapacidade de culpabilidade. Ao inimputável falta uma característica da culpabilidade penal: seu ato pode ser ação e pode injusta, mas nunca é uma ação injusta 'culpável'. (...) Portanto, a conduta do inimputável não constitui delito."[26]

Mezger apontava em seu tratado que o Direito Penal (vigente à sua época, na Alemanha dos anos 1930) exigia três condições para configurar a imputabilidade: *1)* Ter o sujeito completado 14 anos no momento da execução da ação (§ 2 da Lei de Tribunais de Menores). Logo, aquele que, ao tempo de executar o ato, ainda não tenha 14 anos de idade é incapaz de pena; *2)* Ser o jovem maior de 14 anos, mas não ter completado 18 anos e ser capaz, ao tempo do ato, de acordo com seu desenvolvimento intelectual e moral, de dar-se conta do caráter contrário à lei de sua conduta e de conformar sua vontade a dito conhecimento (§ 3 da Lei de Tribunais de Menores). E, ainda, o surdo-mudo, de um modo genérico, inclusive acima dos limites de idade indicados, que possuir, ao tempo do ato, o conhecimento necessário para dar-se conta da punibilidade da ação que cometera (§ 58 do Código Penal); *3)* Encontrar-se o autor de uma conduta tipicamente antijurídica, seja ele jovem ou adulto, ao tempo da execução da ação, em um estado de consciência e de saúde de espírito que garanta sua livre determinação de vontade (§ 51 do Código Penal)[27].

A culpabilidade, ademais, poderia assumir a forma dolosa ou culposa, do que se conclui que "segundo o Direito positivo, atua culpavelmente 1. o imputável que 2. atua dolosa ou – nos casos especialmente determinados – culposamente e 3. em cujo favor não exista nenhuma causa de exclusão da culpabilidade"[28].

26. MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Munique: Dunkler & Humblot, 1949. p. 300-301 (tradução livre).
27. MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 280-281.
28. MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 265-266.

Mas os motivos pelos quais Mezger criticava as construções anteriores era justamente porque queria manter a diferença entre a ação e a imputação da ação. Mas uma imputação que aconteceria no campo da culpabilidade, no qual se localizava a parte subjetiva e consequentemente o dolo. Ele critica o "novo" conceito de ação "final" literalmente atribuindo-o aos hegelianos, exatamente porque não quer que se confunda "ação" com "ação imputável". Isso para manter um conceito de ação que possa ser considerada como a base do sistema penal entendida como uma "conduta humana", e que mesmo reconhecendo contraditoriamente que o dolo a ela pertence ("não deixa de ser conteúdo, naturalmente, da ação"), prefere tratá-lo na teoria da culpabilidade[29]. Seu conceito não deixa de se fundamentar em uma ação natural (ainda que fale em ação valorada) como movimento corporal que sustenta uma relação de causalidade.

6. Hans Welzel, o finalismo e a capacidade de culpabilidade – a incoerência conceitual

Se os estudos de Mezger foram relevantes para o aprimoramento teórico da teoria do delito, os estudos de Welzel consolidaram, de fato, um marco na dogmática penal moderna. Com Welzel, a *teoria final da ação* ganhou robustez e notoriedade, fazendo com que o autor se tornasse o expoente mais expressivo do *finalismo*. De se notar, aliás, que sua estrutura dogmática do delito ainda hoje emana consideráveis influxos sobre a doutrina nacional.

Especificamente quanto à imputabilidade, diferentemente de Mayer e Mezger, Welzel volta a posicioná-la como elemento integrante da culpabilidade (e não como seu mero pressuposto). A culpabilidade era composta por três elementos, nitidamente destacados: *imputabilidade*, *consciência de antijuridicidade* e *exigibilidade de conduta conforme o Direito*. Ademais, a culpabilidade consistia no terceiro e último elemento a ser aferido no bojo de uma análise tripartite escalonada, rigidamente fixa, do delito. Tal análise, portanto, deveria ser feita invariavelmente nesta ordem: *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*; de forma que cada elemento posterior pressupõe o anterior[30].

O que realmente desperta a atenção, para os fins da presente investigação, é que Welzel retirou a análise do dolo e da culpa do âmbito da culpabilidade e os transferiu para o momento da ação, no âmbito da tipicidade, portanto[31]. No entanto, curiosamente, não deslocou a imputabilidade juntamente com o dolo e a culpa, mantendo-a na culpabilidade[32], o que equivale dizer que mesmo a tipicidade assumindo uma parcela importante da

29. MEZGER. *Ein Studienbuch*. Munique: Beck, 1966. p. 91.

30. WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969. p. 45.

31. Esse é exatamente o traço mais característico do *finalismo*, que entende ser a conduta humana o exercício de uma ação final, sustentando que o agir humano é o reflexo de sua subjetividade, isto é, de uma finalidade já arraigada em seu espírito (Ibidem, p. 37-42). Assim, pela dogmática *welzeniana*, o *tipo penal* comporta tanto o *tipo subjetivo*, no qual se verifica o dolo ou culpa, quanto o *tipo objetivo*, examinando-se a ação objetiva como a "execução teleológica do dolo" ("Die objektive Handlung ist die zweckhafte Durchführung des Vorsatzes", ibidem, p. 64 – tradução livre).

32. Ibidem, p. 141.

subjetividade agora denominada de dolo natural – é que nada mais é do que entender o que faz e querer fazer aquilo – em nada impactaria o fato do autor possuir ou não a capacidade de entendimento, ou seja, a imputabilidade. Vale lembrar, nesse ponto, que a imputabilidade acompanhava a culpabilidade – seja como pressuposto desta, seja como elemento integrante desta – desde os estudos analíticos mais rudimentares do delito (de meados do século XIX).

E o mais curioso ainda é que o próprio Welzel justifica a imputabilidade – ou a capacidade de culpabilidade, como prefere – por um ponto de vista da observação, da atribuição de significado que valorativamente damos a uma pessoa que possa se guiar pelo *sentido*, ou seja, por um ato *comunicativo*, e por isso se autodeterminar. Em suas palavras:

> "A constatação de que o homem é autorresponsável por sua capacidade de autodeterminação (liberdade) segundo o sentido, o que é derivado de sua essência (ontologia), não permitiria estabelecer que esse homem tenha, na situação concreta, realmente a capacidade de autodeterminação pelo sentido. Tal afirmação não é um julgamento categórico geral, mas um julgamento existencial, que faz uma afirmação sobre a realidade individual. Se algo é real não pode ser deduzido de conceitos gerais, mas só pode ser experimentado de forma prática e empírica. Mas é precisamente essa experiência empírica que cria dificuldades particulares, porque o 'objeto' em questão – a capacidade concreta de culpabilidade – não é objeto de percepção, certamente não da percepção dos outros, e mesmo a própria consciência de ser culpado não é critério para a existência da capacidade de culpabilidade, pois não há dúvida de que os doentes mentais graves estão frequentemente envolvidos na defesa obstinada de sua sanidade. A concreta capacidade de culpabilidade de uma pessoa não é de forma alguma um objeto de conhecimento teórico, razão pela qual os psiquiatras responsáveis se recusam – com razão – a responder a essa pergunta 'cientificamente'. Eles podem certamente determinar a existência de certos estados mentais anormais, como doenças mentais, distúrbios da consciência etc., mas mesmo a exclusão da capacidade de culpabilidade nesses estados está fora do seu – como geralmente de todo – julgamento científico. Todo conhecimento científico encontra aqui o seu limite, pois não pode tornar objeto algo que por princípio está subtraído à objetivação, isto é, a subjetividade do sujeito. O ato pelo qual o homem se eleva do mundo dos objetos que podem ser experimentados para se tornar um sujeito autorresponsável escapa a qualquer forma de objetividade. É o não-objetivo por excelência, que jamais pode ser objeto sem ser destruído em seu próprio ser. A decisão de que uma determinada pessoa é capaz de culpabilidade em uma determinada situação não é, portanto, um ato teórico, mas existencial e, de fato, '*comunicativo*': é o reconhecimento do outro como você, como um sujeito igual, pleno de sentido, acessível e, portanto, igualmente responsável. É por isso que este julgamento é mais fácil de fazer pela exclusão do que pela definição: exclui todas aquelas pessoas que ainda não são ou que não são mais capazes da mesma autodeterminação pelo sentido, ou seja, aqueles por causa da juventude (ou surdez) e aqueles incapacitados por anormalidade mental." (*grifamos*).[33]

33. "Mit der Einsicht, dass der Mensch als ein zur Selbstverantwortung bestimmtes Wesen sinnmäßiger Selbstbestimmung fähig ist, und mit dem Einblick in die kategoriale Struktur dieser

Mesmo assim, Welzel segue afirmando que o inimputável poderia praticar uma ação penalmente relevante, com dolo ou culpa, apenas afastando-se a reprovabilidade pessoal de sua conduta, e isso somente na terceira fase de análise (a da culpabilidade), algo que foi afirmado em Frank e que foi raramente questionado em seu tempo, como vimos anteriormente. Mas, novamente contraditório, ao tratar sobre a autoria mediata, ainda que afirmando que o inimputável age finalisticamente, Welzel justificava o domínio do fato do "autor por detrás", alegando que o doente mental "executa *sem querer* a vontade alheia".

A partir da aceitação de importantes autores da concepção finalista, parece-nos que Jescheck é um dos responsáveis por transformar o tema em algo absolutamente superado, a ponto de sequer reproduzir, a partir da 3ª edição[34] de sua obra, um único parágrafo no qual, em tese, desacredita qualquer debate sobre a imputabilidade como capacidade de ação. Contudo, limita-se a fazer afirmações sem rebater argumentos anteriores ou acrescentar os posteriores. Diz em seu suprimido parágrafo[35]:

Determinationsform ist zwar eine allgemeine Wesensbestimmung des Menschen und seiner Freiheit gegeben, aber nicht zugleich festgestellt, dass dieser Mensch in der konkreten Situation die Fähigkeit zu sinnmäßiger Selbstbestimmung wirklich besitzt. Eine solche Feststellung ist kein allgemeines Kategorialurteil, sondern ein Existentialurteil, das eine Aussage über die individuelle Wirklichkeit abgibt. Ob etwas wirklich ist, lässt sich nicht aus allgemeinen Begriffen ableiten, sondern nur praktisch-empirisch erfahren. Aber gerade diese empirische Erfahrung macht hier besondere Schwierigkeiten. Denn das 'Objekt' um das es sich handelt, die konkrete Schuldfähigkeit, ist kein Gegenstand der Wahrnehmung, vollends nicht der Fremdwahrnehmung, und sogar das eigene Bewusstsein, schuldfähig zu sein, ist kein Kriterium für die Existenz der Schuldfähigkeit, da häufig zweifelsfrei schwer Geisteskranke verbissen ihre Zurechnungsfähigkeit verteidigen. Die konkrete Schuldfähigkeit eines Menschen ist überhaupt kein Gegenstand theoretischer Erkenntnis; darum lehnen es mit Recht verantwortungsbewusste Psychiater ab, diese Frage 'wissenschaftlich' beantworten zu wollen. Sie können wohl das Vorliegen bestimmter abnormer Geisteszustände wie Geisteskrankleiten, Bewusstseinsstörungen usf. feststellen, aber schon der Ausschluss der Schuldfähigkeit in diesen Zuständen liegt außerhalb ihres – wie überhaupt jedes – wissenschaftlichen Urteils. Jede wissenschaftliche Erkenntnis findet hier ihre Grenze, da sie nicht etwas zum Objekt machen kann, was prinzipiell der Objektivierung entzogen ist, nämlich die Subjektivität des Subjekts. Jener Akt, durch den sich der Mensch aus der Welt der erfahrbaren Objekte zum selbstverantwortlichen Subjekt erhebt, entzieht sich jeder Objektivierbarkeit. Er ist das Nicht-Objektive schlechthin, das niemals zum Objekt gemacht werden kann, ohne in seinem Selbstsein zerstört zu werden. Das Urteil, dass ein bestimmter Mensch in einer bestimmten Situation schuldfähig ist, ist darum kein theoretischer, sondern ein existentieller, und zwar 'kommunikativer' Akt: Es ist die Anerkennung des anderen als Du, als gleiches, sinnvoller Bestimmung zugängliches und darum gleich verantwortliches Subjekt, wie ich selbst es bin. Darum ist dieses Urteil leichter von der negativen Seite als von der positiven her zu fällen: Es scheidet alle diejenigen Menschen aus, die entweder noch nicht oder die nicht mehr der gleichen sinnmäßigen Selbstbestimmung mächtig sind, d. s. die wegen Jugendlichkeit (oder Taubstummheit) und die wegen geistiger Abnormität Schuldunfähigen" (Op. cit., p. 152-153 – tradução livre).

34. Este é o desprezo do autor pelo tema: "Sobre as teorias hoje ultrapassadas que pretendiam entender a capacidade de culpabilidade como 'capacidade de ação' ou 'suscetibilidade de pena', consulte a 2. edição, página 325". (JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 3. ed. Algemeiner Teil, 1996. p. 434).

35. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 2. ed. 1972. p. 325.

> "Ao contrário da doutrina dominante, a capacidade de culpa foi interpretada no passado e ainda é em parte hoje como capacidade de ação no âmbito do direito penal. Essa concepção remonta aos hegelianos, que equipararam a ação à realização da vontade de um sujeito responsável. No entanto, argumenta-se que isso não explicaria as medidas educacionais adotadas pelos juízes de menores nem a internação de adultos inimputáveis em instituições de tratamento ou cuidados, se o autor não pudesse agir de maneira relevantemente criminal. A capacidade de culpa também não é a capacidade de 'agir ilegalmente', pois os comandos e proibições da ordem jurídica se aplicam a todos, não apenas a pessoas com capacidade de culpa (ver acima § 24 II, 2). Finalmente, a capacidade de culpa não pode ser reinterpretada como 'susceptibilidade à punição', pois mesmo o criminoso habitual, com várias condenações anteriores, é considerado culpado quando comete um novo crime."[36]

O que faz o autor é repetir alguns argumentos anteriores de Mezger, Hellmuth Mayer ou mesmo de outros autores do início do século, tomando como ultrapassado o pensamento hegeliano, provavelmente por seguir na mesma linha de desenvolvimento teórico que seus antecessores imediatos, especialmente Welzel.

Mas o citado parágrafo banido pelo autor nos dará um ponto de partida para discutir a suposta superação do pensamento hegeliano. Não é porque os ordenamentos preveem respostas penais para doentes mentais e adolescentes que está justificada a presença da inimputabilidade na culpabilidade; os ordenamentos podem oferecer respostas não penais. Não é porque uma das teorias da norma alega ser ela valoração genérica e se dirigir a todos indistintamente que outra teoria não afirme que o caráter de determinação da norma não faz sentido sem relação com seus destinatários. E, também, não é porque o imputável reincidente não se conduz pela norma que a ele se aplica uma pena independentemente de sua compreensão e postura perante a norma.

7. Imputabilidade, dolo e agir comunicativo

A imputabilidade, como visto no capítulo precedente, ao longo da evolução dogmática da teoria do delito, esteve, na maior parte das construções doutrinárias, atrelada, de alguma forma, à categoria delitiva da culpabilidade: com Liszt, era pressuposto da culpabilidade num sistema bipartido rígido do delito; com Frank (e também em Goldschimdt e em

36. "Entgegen der h. L. wurde die Schuldfähigkeit früher und wird sie zum Teil noch heute als strafrechtliche Handlungsfähigkeit gedeutet. Diese Auffassung geht zurück auf die Hegelianer, die die Handlung mit der Willensverwirklichung eines zurechnungsfähigen Subjekts gleichsetzten, Dagegen spricht jedoch, dass sowohl jugendrichterliche Erziehungsmaßregeln als auch die Einweisung schuldunfähiger Erwachsener in die Heil- oder Pflegeanstalt durch den Strafrichter nicht zu erklären wären, wenn der Täter nicht in strafrechtlich relevanter Weise handeln könnte. Die Schuldfähigkeit ist auch nicht di Fähigkeit, 'rechtswidrig zu handeln', denn die Gebote und Verbote der Rechtsordnung wenden sich an jedermann, nicht bloß an schuldfähige Personen (Vgl. oben § 24 II, 2). Endlich darf die Schuldfähigkeit auch nicht in 'Strafempfänglichkeit' umgedeutet werden, denn auch der vielfach vorbestrafe Gewohnheitsverbrecher wird schuldig, wenn er eine neue Straftat begeht".

Freudenthal), era um dos componentes da culpabilidade normativa; com Mayer e Mezger, voltou a figurar como pressuposto da culpabilidade (cuja normatividade se consolidava); e, finalmente, com Welzel e Jescheck, tornou a figurar, mais uma vez, como componente da culpabilidade, mas num sistema finalista tripartido do delito. Portanto, é fato que o fenômeno empírico da alienação mental é examinado comumente no âmbito sistemático da culpabilidade.

Mas ainda assim, não é totalmente desconhecido que, desde há muito, se nota que as alterações ou anomalias psíquicas podem ter relevância normativa já em níveis sistemáticos anteriores ao da culpabilidade. É o que pretendemos defender.

Como bem nota Silva Sánchez, as anomalias psíquicas constituem *déficits* na imputação do ato como obra de um agente. E se adotamos com referência que para a responsabilidade penal partimos de uma teoria da imputação, esta pode possuir diferentes níveis: há um nível de imputação que atravessa o conceito de ação, um nível de imputação na tipicidade e níveis subsequentes de imputação no conhecimento da antijuridicidade e da culpabilidade (imputabilidade). Por essa razão, as anomalias psíquicas podem ter outra relevância normativa, inclusive levar à falta de ação, ou mesmo a ausência de dolo, ou ainda de ausência de potencial consciência da ilicitude[37].

A necessidade de abordar a questão – assim como sua dificuldade, como destaca Silva Sánchez – se faz patente ao observar o complexo estado da discussão acerca da teoria das normas em Direito Penal[38]. Na visão do autor, a doutrina atual utiliza, ao menos, quatro distintos conceitos de norma: 1. Um conceito de norma, procedente da filosofia analítica da linguagem, entendido como proibição de causação de uma lesão ou mandato de evitação desta; 2. Um conceito de norma como parâmetro de valoração (a norma de valoração ou norma de direito, procedente do neokantismo); 3. Um conceito de norma como diretiva de conduta para imputáveis e inimputáveis (a norma de determinação como norma de conduta em Kaufmann); e 4. Um conceito de norma como diretiva de conduta (a norma de determinação, norma de dever ou, de modo mais simples, o dever) dirigida somente a imputáveis, os únicos que poderiam infringi-la[39]. No plano normativo adotado pela Escola de Bonn, Lesch há tempos afirma que "o injusto criminoso é uma comunicação sobre a validade de uma norma absolutamente específica", mas essa comunicação só pode vir de um sujeito, isto é, de alguém a quem foi atribuída a condição de imputável. O que significa que a imputabilidade é "idêntica à capacidade de injusto ou à capacidade criminosa"[40]. Nesse sentido – em especial o último – pode-se acompanhar a Renzikowski, que aponta a

37. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad*. Indret, 2014. p. 3-4.

38. De forma abrangente, vide SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. In: Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, passim.

39. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad.* Indret, 2014. p. 5-6.

40. LESCH. *Der Verbrechensbegriff*: Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999. p. 204, 215.

incongruência quanto à inserção dos inimputáveis no âmbito do Direito Penal, visto que as normas penais pressupõem destinatários capazes de por elas se orientarem[41].

Sabemos das críticas que foram oferecidas ao pensamento de Binding e todo o debate que surge quanto ao destinatário da norma. Mas acompanhamos Kaufmann quando analisa a discussão como um "falso problema do destinatário", pois ainda que não se possa selecionar os destinatários da norma – entendida como representação mental da vinculação do homem cujo objeto é a ação finalista – existem indivíduos que são "irrestritamente e para todo o sempre incapazes de pensar", e a estes não se aplicaria a máxima de que a norma se dirige a todos e está desvinculada dos indivíduos e atos concretos[42]. E o que importa, como assevera Kaufmann, "não é o endereço a que se dirige o imperativo, mas a solução da questão da vinculação de cada indivíduo pela norma", pois se a norma é a representação mental do dever jurídico, o indivíduo que realiza o objeto da norma deve ser vinculado antes do ato, "pois de outra forma se frustraria a finalidade motivadora da norma"[43]. Enfim, o que importa é quem pode ser determinado pela norma.

O pensamento habermasiano pode ser entendido como uma leitura socio-filosófica da teoria das normas.

Há, na doutrina penal, uma parcela de autores[44], os quais mostram-se, de certa forma, alinhados à *teoria do agir comunicativo*. Tal teoria, influenciada pela *filosofia da linguagem* e pelo pensamento *habermasiano* pós-moderno, tenta proporcionar uma aplicação mais realista da teoria do delito, atenta ao contexto social em que se insere, de modo que a ação comunicativa exige de seu autor – qualificado como *pessoa deliberativa* – um posicionamento dinâmico em face do espaço e tempo em que se realiza. Na concepção habermasiana, comportamento é um ato pela qual um organismo reproduz a vida adaptando-se ao seu entorno. As normas possuem conteúdo semântico, um sentido que sempre que um sujeito capaz de o entender as segue converte-se em razão ou motivo de um comportamento, e somente aqui falamos de ação. Da distinção entre comportamento e ação decorre outra distinção entre diversas formas de experiência em que nos resultam acessíveis reações comportamentais e ações. O comportamento e as regularidades comportamentais podem ser observados, enquanto só as ações podem ser entendidas. Novamente, é a categoria de sentido que estabelece uma distinção entre estes dois modos de experiência. Não se pode observar a ação exclusivamente como um comportamento porquanto para poder descrever certo comportamento como ação deve-se relacioná-lo com certas regras e entender o sentido dessas regras. Isso não quer dizer que a apreensão dos contextos de ação por via de compreensão de sentido não tenha que apoiar-se em observações[45]. Um dos principais manejadores do

41. RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 52.
42. KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 166.
43. Ibidem, p. 168.
44. Entre os quais, pode-se mencionar: Alexis Couto de Brito, Juarez Tavares, Miguel Reale Júnior, José Carlos Porciúncula, Joachim Renzikowski e Santiago Mir Puig.
45. HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt AM: Suhrkamp, 1989. p. 14-15.

conceito em direito penal é Vives Antón, que utiliza esses conceitos em sua concepção de ação como fundamento do sistema penal (chamada ação significativa), entrelaçando linguagem e ação como um conjunto governado por regras, um "jogo" do qual emana o significado, que nada mais é que o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse jogo[46]. Realiza-se um giro referencial da ação entendida não como um substrato de conduta apto para receber um sentido, mas sim como um sentido que, conforme um sistema de normas, pode ser atribuído a determinados comportamentos humanos. Em suma, o sentido que se dá a um substrato de comportamento. Os fatos acontecem, as ações têm sentido ou significam[47].

Como *pessoa deliberativa* entende-se o indivíduo que tem capacidade de participar do discurso válido, regido pelas normas do ordenamento jurídico em vigor no seu seio social. Ou seja, é o indivíduo com poder de reflexão e autocrítica, capaz de executar uma conduta com pretensão de validade, bem como de considerar e avaliar a reação dos demais indivíduos em face dessa conduta. Juarez Tavares, nessa linha, assevera que para o indivíduo adquirir o predicado de *pessoa deliberativa* têm que lhe ser agregados, pelo menos, os seguintes atributos:

> "a) a capacidade de formular proposições, ou seja, a capacidade de argumentar, de expressar linguisticamente; b) a possibilidade de ver nessas proposições uma forma específica de identificação, como de destacar seus argumentos com pretensão de validade; c) a capacidade de executar uma conduta com pretensão de validade; d) a capacidade de avaliar a conduta dos demais; e) a capacidade de contestar as próprias proposições e condutas e, depois, alterá-las, na condição de uma entidade capaz de autocrítica; f) a capacidade de ser responsável por sua conduta; g) a capacidade de se comunicar conscientemente com os demais, de modo a ressaltar sua subjetividade, no sentido de seu reconhecimento."[48]

Dessa análise, deduz-se que o indivíduo que não ostenta tais atributos não pode sofrer a incidência da norma criminalizadora. E certamente o inimputável não os possui (não é *pessoa deliberativa*). Logo, não tem aptidão para participar do discurso jurídico válido, ou, ainda, não tem aptidão para atuar comunicativamente. Logo, sua conduta não poderá ser considerada penalmente relevante.

O mais coerente num Estado Democrático de Direito, em que o Direito Penal figura como a *ultima ratio* (incidência apenas *fragmentária* ou *subsidiária*), é que a imputabilidade

46. VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 211. Adotamos algumas construções do autor, que entendemos que não apresentam conflitos com uma teoria da imputação, que por ele recebeu severas críticas.

47. Ibidem, p. 205. Na mesma linha, mas sem a distinção entre ação e comportamento é a construção de Arce Aggeo: "a distinção do comportamento no âmbito jurídico tem que ver incontestavelmente com o que o observador possa distinguir na linguagem como comportamento jurídico; assim, não existe um dado ôntico puro na ação ou comportamento em si mesmo, senão que a ação é tal quando já se observa como tal, o que implica, em nossa matéria, que seja típica" (ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*. Buenos Aires: Universidad, 2006. p. 21).

48. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 141.

se afaste de qualquer vínculo com qualquer elemento analítico da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade). Com efeito, o indivíduo que, em decorrência de grave anomalia em seu desenvolvimento mental, não entenda o caráter antijurídico da norma e/ou não seja capaz de autodeterminação a partir do comando legal, não pratica sequer conduta penalmente relevante. Ora, o inimputável é incapaz de participar do *discurso válido* bem como de orientar-se pelos objetos de referência da norma e, assim, não deve sofrer qualquer ingerência do Direito Penal. Aliás, a natureza agressiva das sanções penais e o caráter estigmatizante da própria persecução criminal justificam a eliminação antecipada do Direito Penal, que não deve incidir sobre fatos que não mereçam sua avaliação ou que possam ser melhor tratados em outras searas.

Dessa forma, entende-se que a conduta de um inimputável, por estar desvinculada das condições de contexto sobre as quais se deve basear a incriminação, está fora do âmbito do *injusto penal*. A análise quanto à imputabilidade consiste, portanto, numa *análise preliminar* à análise dogmática dos elementos da teoria do delito; não sendo coerente e nem recomendável esperar até o exame da culpabilidade para só então afastar a "reprovabilidade" do autor do fato. Assim, a imputabilidade consiste, enquanto elemento exclusivamente relacionado ao sujeito, numa condição de ação penalmente relevante eis que se refere à capacidade biopsicológica de o indivíduo agir comunicativamente.

Tal entendimento há algum tempo já foi suscitado em outro trabalho:

> "Talvez pudéssemos observar a imputabilidade de uma perspectiva normativa, mas retirando-a do conceito de culpabilidade. A imputabilidade apresenta-se muito mais como *pressuposto da conduta*, assim entendida a manifestação da autodeterminação em um discurso comunicativo. Talvez pudéssemos despertar o debate nesse sentido, considerando-a como a capacidade de atuar comunicativamente, entendendo e fazendo-se entender e com consciência e influência de seu mundo de vida. Assim resolveríamos algumas questões, como por exemplo, o agir consciente que deve ou não ser imputado a uma pessoa que não interage comunicativamente a certos tipos possuidores de elementos normativos, que exigem um mundo de vida maior para a realização de um discurso em nível comunicativo, e não estratégico. A situação não é a de igualdade na comunicação quando determinados tipos "construídos", de difícil compreensão até mesmo por aqueles que possuem um mundo de vida amplo, adequam-se a condutas de autores sem a menor capacidade de entender e compreender sua semântica."[49]

Na mesma linha, Miguel Reale Júnior conclui que a imputabilidade "não é pressuposto da culpabilidade, nem obstáculo à culpabilidade, mas dado distintivo da pessoa humana, razão pela qual constitui um pressuposto da ação"[50]. Também justifica sua posição valendo-se dos preceitos da teoria do agir comunicativo:

49. BRITO, Alexis Couto de. Culpabilidade: evolução e análise crítica atual. In: BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coords.). *Direito penal*: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 251-252.
50. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I. p. 208-209.

> "A norma penal, como todo o direito, instaura um processo de comunicação, sendo fundamental que do outro lado o receptor, o destinatário da norma, possa ter capacidade de motivação. A dissintonia nesta comunicação em razão de grave transtorno mental do receptor importa na necessidade de medidas curativas."[51]

Também Juarez Tavares posiciona a imputabilidade preliminarmente ao injusto, como condição de ação penalmente relevante. Em sua concepção dogmática, adota o *modelo performático* de ação[52], definindo esta como "conduta volitiva, orientada por parâmetros ou objetos de referência, expressos no injusto e subordinados a um discurso jurídico válido, no âmbito da prática social do sujeito"[53]. Assim, a inimputabilidade consiste, para ele, numa das causas de ausência de ação[54].

---

51. Ibidem, p. 209.
52. Por esse modelo, as chamadas *ações performáticas* exigem de seus autores um posicionamento dinâmico em face do espaço e tempo em que se realizam, considerando, dessarte, que as condutas, sejam elas ativas ou omissivas, estão sempre associadas ao contexto em que se deflagram, isto é, ao conjunto social e às reações daqueles que possam ser por elas afetados. Conclui-se, assim, que, no *modelo performático* de ação, esta não deve ser apenas avaliada em seu aspecto instrumental (relação de causa e efeito, de meio e fim) e/ou volitivo (relação de finalidade), mas, sobretudo, em seu aspecto conjuntural (levando-se em consideração as condições concretas do contexto social em que se perfaz).

    De se destacar ainda que Tavares fragmenta as *ações performáticas* em três modalidades: *ações estratégicas*; *ações significativas* e *ações comunicativas*. As primeiras, inicialmente formuladas por Max Weber, revestem-se de intencionalidade e de dinamismo no âmbito social, porém, não se subordinam a um sistema de valores da ordem jurídica e, assim, não possuem pretensão de validade universal (não se importam se serão ou não acatadas pela sociedade em geral). As segundas, atribuíveis a Wittgenstein aplicadas ao Direito Penal por Vives Anton, são estruturadas a partir de uma concepção semântica da realidade, sendo compreendidas no âmbito de uma linguagem e dentro de um contexto de normas; todavia, carecem de uma análise quanto ao sujeito da ação nesse processo linguístico-normativo, ou seja, resumem-se a dados puramente objetivos relacionados ao ordenamento jurídico, mas não dispõem em torno de como o sujeito atua no âmago dessa ordem jurídica em face dos demais. As terceiras, concebidas inicialmente por Habermas dentro de sua concepção de *democracia deliberativa*, consistem no estágio mais completo e evoluído da *performatividade*, sendo vistas sob o aspecto de sua filiação a um discurso jurídico enunciado nas normas, tratando-se, pois, de um verdadeiro ato de fala executado com pretensão de validade; assim, as ações comunicativas não podem prescindir de um consenso, obtido do cotejo de argumentos em torno do tema proposto no enunciado (do cotejo dos diversos argumentos, deve valer o melhor argumento, o qual irá determinar o conteúdo válido do discurso, que deverá ser acatado pelos demais)

    Cf. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 125-133.
53. Ibidem, p. 135.
54. Pela sua concepção dogmática (Ibidem, p. 149-168), duas ordens de fatores podem excluir a ação penalmente relevante: *ausência de elementos naturalísticos* (o que abrange estados de inconsciência, como sono profundo, hipnose e sonambulismo; estados de coação física; e nos movimentos reflexos ou instintivos) e *ausência de performatividade*. Esta última pode se dar por *diversidade cultural* (vinculação a outro sistema normativo de conduta, como nos chamados "delitos culturalmente motivados", praticados, por exemplo, por indígenas totalmente afastados e desvinculados da

De se destacar o pensamento de Mir Puig que, de modo assertivo, aduz que nos casos de inimputabilidade em que o sujeito, em virtude de enfermidades mentais, oligofrenias, anomalias psíquicas ou transtornos mentais, manifesta uma inconsciência, não haverá comportamento humano[55]. Ou seja, também para ele, a inimputabilidade é causa de exclusão de ação, devendo, desse modo, acarretar a exclusão da imputação pessoal por incapacidade de recepção da norma[56]. Para Mir Puig, "o inimputável que ignorar em razão de sua situação pessoal prejudicar materialmente o objeto da ação, agirá sem dolo e até sem ação (por exemplo, em acessos epilépticos)".

As anomalias psíquicas, na medida em que consistem na alteração das faculdades mentais da pessoa, podem interferir em qualquer um dos elementos subjetivos do crime, inclusive no plano da ação[57]. Situar a imputabilidade como pressuposto do delito conduz a apreciar esta causa de isenção com preferência a qualquer outra, já que uma vez comprovado que o sujeito não é um destinatário válido da norma, ou de uma expectativa normativa, não cabe seguir progredindo na análise dos demais elementos do delito[58].

Os efeitos que provocam a inimputabilidade nas pessoas são em essência os mesmos que provocam a ausência de tipo subjetivo: um desconhecimento – recaia sobre os elementos do tipo ou sobre a valoração que mereça aos olhos do direito penal – ou bem uma situação de inexigibilidade (conectada ao querer, majoritariamente). Mas não se trata de uma relação de especialidade diante das causas de exclusão que já existem, pois tais efeitos se caracterizam como desfiguração da representação da realidade, o distanciamento da realidade intersubjetiva de significados que em todos os casos se produzem, e devem ser simples e diretamente hipóteses de inimputabilidade[59] que afetam o agir do sujeito, e não meramente

cultura da grande sociedade) e pela aqui abordada *inimputabilidade* (incapacidade ou deficiência de formação psíquica).

55. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. p. 554.

56. Idem.

57. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categoría dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (dir.); MARTÍNEZ GARAY, Lucía (Coord.). *La justificación penal*: balance y perspectivas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 323.

58. Ibidem, p. 339.

59. Ibidem, p. 356. Na mesma linha de raciocínio segue Ragués y Vallés: "Agora vale lembrar questões básicas sobre o dolo. Para que haja dolo, segundo a opinião dominante, o sujeito deve saber (e, para muitos autores, também querer) a realização de um comportamento típico. Quanto ao tipo de homicídio, é preciso, antes de tudo, que o sujeito represente que sua conduta implica a criação de risco significativo à vida de outra pessoa. Indo um pouco mais fundo, e voltando ao exemplo dado, para afirmar que o réu matou dolosamente, é preciso entender que ele se representou, ou que sabia, que com os quatro golpes que desferiu na vítima estava criando um risco concreto para a vida desta. Para que tal representação fosse dada, era logicamente necessário que o referido réu soubesse que o que ele tinha na mão era um machado e que o que ele atingia com o machado era outra pessoa. Porém, diante das conclusões da perícia admitidas como válidas pelo juiz, tudo isso estava realmente representado? De jeito nenhum, pois ele achava que tinha uma 'vara de sinergia' na mão, não um machado; a um 'espírito maligno' de frente, não a outro ser humano e não acreditou estar praticando uma conduta que gerasse perigo de morte, mas apenas por meros 'efeitos purificadores'. Se o dolo é

uma análise póstuma como capacidade de culpabilidade. Tradicionalmente o "comportar-se de acordo com o entendimento" – que revela livre-arbítrio – e a normal motivação pelas normas padecem do mesmo defeito, qual seja, pautarem-se pela "capacidade" ou "potência", diante de um crime que já aconteceu; por isso, averiguar se apesar disso era motivável requer "verificar" algo que não aconteceu e que por consequência somente pode ser tratado como uma hipótese[60]. Contudo, o relevante é que o sujeito tem um grave defeito nas capacidades cognitivas que depende não só do laudo médico sobre a doença, mas igualmente do contexto social constituído por interações entre as pessoas por meio da linguagem. Exigir de uma pessoa que adeque seu comportamento às normas pressupõe, na correta percepção de Martínez Garay,

> "Que essa pessoa disponha, em geral e no momento concreto, daquelas habilidades psíquicas que lhe permitam ter acesso ao conteúdo das normas, e ao seu significado em relação com a conduta própria e alheia. Essas habilidades são, a meu ver, basicamente um sistema cognitivo suficientemente desenvolvido e não perturbado, e uma capacidade afetiva que permita perceber o significado, assim como a importância, não somente para ele mesmo, mas também para os demais, das condutas e dos valores."[61]

Isso reflete diretamente no aspecto cognitivo do que majoritariamente inserimos como elemento do dolo. É a mesma conclusão de Ragués y Vallés quando analisa a imputabilidade no âmbito da ação:

> "Costuma-se argumentar que, neste nível de análise (da ação), já existe um primeiro afastamento daquilo que não interessa ao direito penal e, nesse sentido, costuma-se afirmar que, para esse efeito, os atos que não tenham sido cometidos por pessoas físicas (os 'cometidos', por exemplo, por animais, fenómenos naturais ou pessoas jurídicas) não são relevantes e, dentre aqueles que os provocaram, apenas aqueles comportamentos que,

entendido como algo que tem como conteúdo a representação do sujeito como referente, pode-se realmente argumentar que ocorre dolo nesse caso? Algo semelhante ocorre com a imprudência: não parece possível afirmar que, nem mesmo com a maior diligência, um sujeito portador de tais transtornos mentais pudessem ter saído de seu erro. Aplicados literalmente os critérios habituais para estabelecer a coincidência de dolo ou negligência, é evidente que para absolver o arguido não foi necessário ir tão longe quanto à análise da sua culpa, porque, desde logo, a sua conduta tinha que ser considerada subjetivamente atípica, ou seja, não cometida com dolo ou imprudência" (RAGUÉS Y VALLÉS. *El Dolo y su Prueba en proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 394 – Tradução livre).

60. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Op. cit., p. 365.

61. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Op. cit., p. 372. A autora utiliza como exemplo um delito contra a honra: "No delito de calunia ou de denunciação falsa é necessário que o sujeito impute a comissão do fato sabendo que é falso, já que de outra maneira estamos diante de uma conduta irrelevante para o direito penal. Quando quem realiza a imputação atua crendo que o que afirma é correto dito erro afeta a própria essência da ação de mentir, que é a que dá lugar a estes delitos, e por esta razão o fato que se realiza não é típico. Em delitos como esses a ausência do elemento subjetivo poderia afetar de tal modo o sentido da conduta que quiçá deveria se reconhecer, quando dita ausência se deva a um transtorno mental, que o fato cometido pelo inimputável já não seja um fato previsto como delito" (Ibidem, p. 409 – Tradução livre).

> além de externos, podem ser considerados voluntários, segundo os quais os atos praticados por uma pessoa sob força irresistível, estados de inconsciência ou movimentos reflexos são declarados criminalmente irrelevantes. A essas situações acrescente-se mais uma: *o direito penal não está interessado na conduta praticada por sujeitos plenamente inimputáveis, ou seja, as normas jurídicas penais não se dirigem a tais sujeitos, ou não são competentes para negar a validade dessas normas.* Por conseguinte, só deve ser considerada juridicamente relevante uma ação praticada voluntariamente por uma pessoa que não seja totalmente inimputável conforme à lei."[62]

José Carlos Porciúncula, já adotando majoritariamente o conceito *significativo* da ação, entende ser a imputabilidade uma "condição da possibilidade de atribuição a uma pessoa do real conhecimento do significado de sua ação"[63]. O autor explica seu raciocínio a partir de sua concepção do dolo como conhecimento do significado da ação (subordinação do elemento volitivo do dolo ao seu elemento cognitivo). Assim, para ele, a tese de que sempre que uma pessoa realiza uma ação com consciência de seu significado, quer também, com sua ação, expressar esse significado, "parte do pressuposto de que se trata de uma ação de um ser racional, que se conduz coerentemente"[64]. Logo, apresenta-se a imputabilidade, segundo sua visão, como pressuposto ou condição de ação penalmente relevante.

É relevante a explanação de Greco sobre o dolo que, embora não aborde a inimputabilidade, demonstra o caráter imprescindível do aspecto psicológico:

> "É preciso averiguar se o tratamento que nos convém dispensar ao autor não acaba por instrumentalizá-lo e a desrespeitá-lo como pessoa. Noutras palavras, é preciso encontrar ainda uma razão de ordem deontológica para a punição mais severa daquele que atua com conhecimento e, consequentemente, com domínio sobre o fato. Essa razão está em que aquele que atua com domínio, por deter em suas mãos o poder de decidir que curso de ação tomará e, em certa medida, que consequências daí decorrerão, possui *ceteris paribus* uma muito maior responsabilidade pela prática dessa ação e pelas consequências que venham a produzir-se do que aquele que atua sem esse domínio. Ações praticadas com conhecimento e, portanto, com domínio são ações que 'pertencem' àquele que as pratica de uma maneira muito mais íntima do que ações praticadas sem esse conhecimento. O conhecimento em sentido psicológico é, portanto, necessário para o dolo, porque só o conhecimento gera domínio sobre a realização do fato, domínio esse que justifica uma punição mais severa tanto por aumentar as necessidades de prevenção, como a responsabilidade de quem atua. [...] de modo que não temos uma razão para supor que deva ser abandonada a tese majoritariamente aceita de que o dolo pressupõe pelo menos conhecimento – e conhecimento em sentido psicológico."[65]

62. RAGUÉS Y VALLÉS. *El Dolo y su Prueba en proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 396.
63. PORCIÚNCULA, José Carlos. Imputabilidade, Ação e Dolo. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *A Linguagem do Direito Penal*: Anais do 1º congresso ibero-americano de direito penal e filosofia da linguagem em Curitiba-PR. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 86.
64. Ibidem, p. 84.
65. GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: Silva Dias et ali. (Coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 892-893.

Se algumas das ações tipicamente relevantes requerem para sê-lo que esteja presente determinada intenção ou propósito no agente – o que pressupõe, no mínimo, conhecimento e compreensão da situação – Martinez Garay questiona se o desaparecimento de dito elemento subjetivo inclusive ainda que condicionado única e exclusivamente por um transtorno mental, não deveria produzir a irrelevância penal do fato, e transladar o tratamento do sujeito, se é que se considere necessário, a outras instâncias, como o direito civil ou administrativo[66]. Mais do que uma dogmática construída a partir do desenvolvimento de considerações gerais sobre um modelo normativo ideal, as considerações de política criminal devem assumir destaque[67].

8. Possíveis objeções ao tratamento da imputabilidade como pressuposto da ação penal comunicativa

8.1. Afastamento completo do tratamento da inimputabilidade pelo direito penal

Uma primeira crítica que se apresenta sobre a inimputabilidade como pressuposto da ação comunicativa em matéria penal diz respeito aos casos de relatividade, ou seja, aqueles nos quais não há uma constatação completa e absoluta sobre a inimputabilidade. Se em todo caso houvesse o afastamento pela incapacidade de linguagem, essa nunca seria válida em casos, inclusive, de defeito parcial (semi-imputabilidade).

Tal afirmação é falsa, visto que no próprio âmbito da linguagem, quando não há o entendimento completo da comunicação, podemos optar pela via do discurso, na qual são considerados os mundos de vida de cada participante que permitirão um acordo sobre as pretensões de validade. Nesse caso, não sendo possíveis algumas validações, sempre se poderia partir da relativa capacidade de linguagem, pois somente a total inimputabilidade pode retirar a capacidade de comunicação. Comunicação defeituosa poderia permitir a constatação também defeituosa – *v.g.* erro – e derivar punição. Conforme Martínez Garay,

> "a pretensão de relevância, que é o primeiro pressuposto para a imposição de uma pena, poderia ser também o pressuposto mínimo para a imposição de medidas de segurança...

66. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Op. cit., p. 416. Antes mesmo de Martínez Garay, Serrano Butragueño chegava à mesma conclusão: "Apenas me assalta uma dúvida (...) e é se um sujeito, que não consegue sequer compreender o fato (não a ilicitude do ato, mas o fato em si), deve aguardar o estudo da imputabilidade para ser declarado isento de responsabilidade criminal; ou se, realmente, como eu penso, um erro do tipo invencível é produzido por não ser capaz de capturar os elementos do comportamento típico, de modo que o comportamento típico não ocorre. Claro, essa solução me parece tecnicamente a mais correta; mas evitaria que o sujeito fosse submetido a uma medida de segurança. No entanto, esse problema pode ser facilmente resolvido por meio de internação civil em um hospital psiquiátrico" (SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Comentario al art. 20 CP. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.). *Código Penal de 1995*. Granada: Comares, 1999. p. 269 – Tradução livre).

67. MILITELLO, Vincenzo. O erro do inimputável entre exegese, dogmática e política criminal. In: *Anuario da facultade de dereito*: Universidade A Coruña, v. 3, 1999. p. 407.

> as alterações psíquicas poderia, assim chegar a determinar a irrelevância do comportamento aos efeitos do direito penal, mas somente alguns delitos nos quais a atribuição de elementos de intenção ao sujeito seja imprescindível para que sua ação possa a ser identificada como ação proibida pelo tipo."[68]

Assim, havendo semi-imputabilidade, seria possível algum nível de comunicação e, diante dessa redução, adotar a solução de diminuição de pena já existente no parágrafo único do artigo 26.

8.2. Impossibilidade de se reconhecer a participação

Sempre foi um forte argumento a favor da imputabilidade em seu lugar tradicional os problemas dogmáticos que seu deslocamento traria aos casos de concurso de agentes. Se a inimputabilidade produz a falta de ação e esta é a primeira categoria a ser validada para a verificação do delito, todo aquele que participasse da ação de outro não poderia ser punido pela acessoriedade da sua conduta. Não haveria participação, pois não haveria delito no qual fosse possível participar.

A nós parece que o problema está no desenvolvimento da teoria da participação, algo que par a legislação brasileira não seria um obstáculo. A leitura do art. 29 e seus parágrafos não permite a conclusão de que há uma diferenciação legal entre autores e partícipes, consistindo muito mais em um conceito abrangente de autor (todos são autores) acompanhado de uma permissão (faculdade) do magistrado em reduzir a pena caso um dos autores tenha participação menor no fenômeno. A diferenciação entre autor e partícipe é, para além de uma questão teórica, algo que exige previsão legal e no caso do Brasil podemos considerara a todos como autores.

Lembramos que Roxin sempre afirmou que a deficiência mental do executor imediato pode ser tão significativa a ponto de ele nem mesmo ser capaz de possuir o dolo natural; nesse caso, o homem detrás tem ainda mais controle sobre a ação[69].

8.3. Não reconhecimento da legítima defesa

A legítima defesa nada mais é do que uma situação emergencial derivada do estado de necessidade, na qual o perigo deve derivar especificamente de uma ação humana. Então não seria possível o reconhecimento da legitima defesa, pois não haveria uma ação ilícita humana a ser rechaçada. Trata-se de um falso problema, pois a legítima defesa é apenas uma causa excludente, que não afastaria o estado de necessidade, que obterá os mesmos efeitos que se pretende com a legítima defesa.

---

68. MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Op. cit., p. 418-419.
69. "Natürlich kann der geistige Defekt beim Ausführenden auch so erheblich sein, dass er nicht einmal in der Lage ist, einen natürlichen Vorsatz zu fassen; dann hat der Hintermann erst recht die Tatherrschaft" (ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: De Gruyter, 2006. p. 234).

8.4. Inaplicabilidade das garantias processuais

Ao se retirar do sistema penal as ações de inimputáveis, não mais se analisaria o fato sob as garantias processuais penais, pois tal processo não mais aconteceria.

Vale lembrar que se algum procedimento, ainda que não tenha caráter penal, for iniciado para a apuração do fato, a Constituição Federal garante aos acusados em geral "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", garantias que resumem em grande parte o que se pode considerar como devido processo legal.

Em um procedimento de outra natureza obteríamos mais harmonia para o sistema. Hoje um inimputável – que não possui conhecimento da norma – pode ficar internado pelo máximo da pena. Ao passo que um semi-imputável – que tem capacidade ainda que limitada de compreensão e, portanto, mais probabilidade de ser reprovado – receberá uma pena calculada a partir do mínimo legal e ainda reduzida por força do parágrafo único do art. 26. Também se eliminaria a incoerência de, reconhecido o erro ou a ausência de ação, impor-se uma medida de segurança a um fato considerado atípico.

8.5. Não se poderia aplicar uma medida de segurança ao autor

Esta é justamente a consequência mais valiosa – e não um impedimento – de toda a argumentação sobre a ausência de ação.

Notamos que o impasse com relação a afastar os inimputáveis do tratamento penal sempre passou pela impossibilidade de aplicação de uma medida de segurança, presente em uma enormidade de códigos penais ocidentais e que foi aceita como a mais adequada medida para conter o "perigo" de reincidência dos doentes mentais. Tanto que a solução de Joshi Jubert é uma alteração legal ao Código penal espanhol para incluir a seguinte proposição:

> "quando não seja possível a aplicação de uma medida de segurança prevista no CP aos sujeitos para os quais aquelas estejam previstas, por faltar algum pressuposto do fato antijurídico por causa de sua enfermidade mental, poderá ser submetido também a um tratamento sempre e quando se trate de sujeitos perigosos que tenham lesionado um bem jurídico, e exista a possibilidade de que no futuro cometam fatos similares."[70]

Essa é a mesma linha que segue Silva Sánchez, invocando a literatura alemã[71]. A conclusão de Silva Sánchez é de ordem muito mais político-criminal e de economia processual do que dogmática:

---

70. JOSHI JUBERT. *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad*. ADPCP, 1989. p. 140.

71. "La doctrina dominante responde afirmativamente a esta pregunta, si el error ha sido efectivamente condicionado por la enfermedad psíquica y, obviamente, concurre peligrosidad criminal. Si, en cambio, el error nada tiene que ver con la alteración psíquica, si también un hombre sano habría incurrido en él, no procedería tal imposición de medidas. Una consideración que, evidentemente, tiene que ver con la relación entre el error presente y el pronóstico de comisión en el futuro de nuevos hechos lesivos de bienes jurídicos por error (peligrosidad). El consenso acerca de la necesidad

> "La conclusión es que en los casos en que la enfermedad mental causa una exclusión de la responsabilidad penal, al tiempo que pone de relieve la peligrosidad criminal del sujeto, deben imponerse medidas de seguridad. La imposición de medidas de seguridad debe tener lugar tanto si lo excluido por la enfermedad mental es la culpabilidad, como si es el dolo o incluso la acción. Es cierto que las medidas de seguridad jurídico-penales son básicamente reacciones cognitivas de naturaleza preventivo-especial. [...] Por un lado, para que su imposición se vea rodeada de las garantías (y los controles) de la jurisdiccionalidad, aspecto que ha sido subrayado por la doctrina. Por otro lado, por razones de economía procesal, dado que el "hecho desencadenante" debe ser obviamente enjuiciado por un órgano de la administración de justicia penal."[72]

Mas ousamos discordar. O critério não pode ser a danosidade ou ofensividade, ou a garantia processual ou a periculosidade e consequente inocuização do perigo. Até os epilépticos ou sonâmbulos podem causar danos. A questão é de falta de ação e que tradicionalmente, com o conceito de ação material ou movimento corporal voluntário nunca possibilitou a imputação (ou configuração de um delito). A questão era e continua sendo a falta de ação. Agora com a ação comunicativa não deveria gerar outra conclusão. Antes mesmo do dolo típico faltaria a ação.

A relutância a manter o sistema é a chamada perigosidade ou periculosidade de um sujeito com alguma anomalia psíquica que supostamente proporcionaria uma possibilidade de reincidência, repetição do ato danoso. Quer-se aplicar uma medida de segurança como maneira de contenção, prevenção de novos fatos danoso. Para isso é necessária uma conduta típica e antijurídica, algo que faltaria ao inimputável por vezes.

A solução seria manter a teoria a partir do conceito de ação comunicativa e aplicar medidas civis de internação, não pela periculosidade, mas pela saúde e bem-estar do réu. O Brasil possui desde 2001 a Lei 10.216 que "dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental". O caminho seria submeter a esta lei todo o tratamento do fato cometido pelo inimputável, mantendo-se o devido processo em âmbito administrativo médico, e aplicando aos que necessitassem as medidas prevista na lei.

9. Conclusão

O estudo histórico da teoria do delito aponta que, no desenrolar do desenvolvimento dogmático, o dolo e a culpa, inicialmente considerados modalidades da culpabilidade,

político-criminal de la imposición de tal medida es prácticamente total (Por todos WALTER, Der Kern des Strafrechts, 2006. p. 210, para quien cualquier otra conclusión resultaría improcedente, porque la ausencia de dolo del autor como consecuencia de su patología no hace a éste menos peligroso o menos necesitado de una medida)" (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad*. Indret, 2014. p. 10-11).

72. Ibidem, p. 15.

afastaram-se desta para integrar a conduta (âmbito da tipicidade), tendo sido antecipados, portanto, na análise da estrutura do delito. O mesmo não ocorreu, no entanto, com a imputabilidade que, indevidamente, continuou sendo aferida apenas na última fase da análise dogmática (âmbito da culpabilidade). Isso se mostra incoerente e sintomático de um Direito Penal artificializado, expansivo e em total dessintonia com a realidade concreta. Nesse passo, este trabalho procurou promover uma realocação da imputabilidade, a partir dos variados aportes teóricos relacionados à *teoria do agir comunicativo*. Assim, sustenta-se que a imputabilidade deve ser posicionada anteriormente à análise do *injusto* enquanto *condição ou pressuposto de ação penalmente relevante*, podendo-se lhe atribuir o seguinte conceito: *capacidade biopsicológica de o indivíduo agir comunicativamente*.

O objetivo último dessa redefinição da imputabilidade está na diminuição do espectro de intervenção do Direito Penal, com vistas a dar efetividade ao princípio da *ultima ratio*, norteador da política criminal de qualquer Estado Democrático de Direito. Com efeito, é necessário deslegitimar processos criminalizadores excessivos e/ou indevidos, num verdadeiro movimento *contra expansionista* face à recente tendência expansionista do Direito Penal. A concretização da agenda *contra expansionista* é especialmente fundamental aos países de desenvolvimento socioeconômico tardio, majoritariamente localizados ao sul do globo, que amargam um longo histórico de opressão e exploração colonial[73]. Tais países, em geral, possuem um sistema de justiça criminal autoritário e seletivamente repressivo, cujo funcionamento historicamente reflete os interesses punitivos de suas elites: controlar os grupos sociais por elas considerados "inferiores" e "perigosos", os "não-cidadãos" (sobretudo, negros, indígenas e pobres)[74]. Contra tais grupos o Direito Penal sempre foi aplicado com rigor, muitas vezes, às expensas dos direitos fundamentais dos acusados e, portanto, são eles os mais afetados por tendências punitivas expansionistas[75]. Precisamente, por isso,

73. Nesse tocante, confira: CARRINGTON, Kerry et al. (Eds.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2018; CARRINGTON, Kerry et al. *Southern Criminology*. London: Routledge, 2019; QUIJANO, Aníbal. *Coloniality of power, eurocentrism, and Latin America*. Nepantla: Views from South 1.3, 533-580, Duke University Press, 2000; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

74. Enfatizando a reverberação do colonialismo no funcionamento do sistema de justiça criminal, vide: AGOZINO, Biko. Humanifesto of the decolonization of criminology and justice. *Decolonization of Criminology and Justice* 1(1), 5-28, 2019. DOI: https://doi.org/10.24135/dcj.v1i1.5; ALIVERTI, Ana et al. Decolonizing the criminal question. *Punishment & Society* 0(0), 1-20, 2021. DOI: 10.1177/14624745211020585; DARKE, Sacha & KHAN, Omar. Coloniality, just war & carceral injustice in Brazil. *Punishment & Society* 0(0), Special Issue: Legacies of Empire, 1-18, 2021. DOI: 10.1177/14624745211041849; SUPER, Gail. Porous Penality and the Myth of Liberal Punishment: Lessons from South Africa. *The British Journal of Criminology*, azad017, 2023, https://doi.org/10.1093/bjc/azad017; BATISTA, Vera Malaguti. A questão criminal no Brasil contemporâneo. In: *2º Fórum Nacional de Alternativas Penais*: Audiências de Custódia e a Desconstrução da Cultura do Encarceramento em Massa. Salvador/BA, 2016 (publicação comissionada pela Fundação Bienal de São Paulo em ocasião da 32ª Bienal de São Paulo – Incerteza Viva).

75. No Brasil, por exemplo, o Direito Penal, desde o período colonial, encara o negro – geralmente pobre, devido ao arranjo opressor histórico da estrutura socioeconômica brasileira – como seu alvo

a implementação de estratégias restritivas (à intervenção penal) configura-se num primeiro e relevante passo à redução da violência histórica das elites contra as classes subalternas e, consequentemente, à construção de um sistema de justiça criminal menos desigual[76].

É razoável, nesse esteio, admitir que aqueles que, por deficiência no desenvolvimento mental, não tenham aptidão para participar e se orientar pelo *discurso válido* – estabelecido numa ordem jurídica e legitimado pelo diálogo inerente ao sistema democrático – não possam ser destinatários das agressivas sanções penais e nem alvo dos indeléveis efeitos da persecução penal.

O tratamento adequado da inimputabilidade deve passar por outras searas, não afetas ao sistema penal. Em verdade, as diversas anomalias mentais ensejam tratamento psiquiátrico e/ou psicológico especializado, em consonância com suas peculiaridades clínicas; soluções que evidentemente o sistema penal é totalmente incapaz de fornecer. Aliás, o Direito Penal, por sua própria natureza, é o meio menos eficiente de resolução dos conflitos sociais, eis que se trata de uma intervenção tardia, violenta e exclusivamente repressiva. Se sua real efetividade enquanto instrumento de pacificação social já é discutível quando aplicado para imputáveis, tal ceticismo fica ainda mais veemente quando se trata de inimputáveis.

Nota-se, enfim, uma confluência teórica na direção da concepção aqui adotada quanto à imputabilidade. Espera-se que, a partir do norte aventado neste trabalho, embasado nas mais modernas linhas dogmáticas relacionadas à *comunicação* e à *linguagem*, haja uma maior gama de estudos sobre o instituto da imputabilidade, que, com frequência, é desdenhado pela doutrina penal e que, paradoxalmente, está distante de sua versão mais elaborada. Em termos práticos, a subtração do inimputável da submissão ao sistema corrobora a tese de que deverá ele ser tratado como um doente, submetido a outro sistema que tenha

primário: no passado, voltava-se contra o negro para manter o regime escravocrata, sustentáculo da economia agrícola de exportação; no presente, para reforçar os processos de exclusão e assegurar o domínio político e econômico da elite ligada os interesses do capitalismo avançado internacional. Ressalta-se que, atualmente, de acordo com dados oficiais, 67,78% da população carcerária brasileira é composta por pessoas pretas e pardas (vide dados de junho de 2023, referentes a "grupos específicos", em: [www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen]), o que corrobora em termos pragmáticos o que aqui se aventa.

Para uma abordagem mais aprofundada sobre o tema, confira: DIETER, Maurício S. Sistema econômico e tutela penal do escravo no brasil imperial. *Discursos Sediciosos* 17(19/20): 613-647, 2012; DAL SANTO, Luiz Phelipe & FERRAZ JUNIOR, Jairton. Necropolítica e sistema penal brasileiro: genocídio institucionalizado contra negros. In: ALMEIDA, Bruno Rotta et al. (Orgs.). *Saúde e mortalidade no sistema penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. v. 1. p. 50-68.

76. Também nesse sentido: BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo et al. *Sociologia e direito*: explorando interseções. Niterói: PPGSD/UFF, 2007; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2012; CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia Crítica do Século XXI como Criminologia dos Direitos Humanos. *14º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2008; CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, 2013.

por base seu tratamento, conduzido por um médico que se importe com sua saúde, no lugar de ser considerado um ente perigoso do qual a sociedade deve se proteger sob a condução de um juiz criminal.

10. Referências

AGOZINO, Biko. Humanifesto of the decolonization of criminology and justice. *Decolonization of Criminology and Justice* 1(1), 5-28, 2019. DOI: https://doi.org/10.24135/dcj.v1i1.5.

ALIVERTI, Ana et al. Decolonizing the criminal question. *Punishment & Society* 0(0), 1-20, 2021. DOI: 10.1177/14624745211020585.

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

ARCE AGGEO, Miguel Ángel. *Introducción a la teoría comunicativa del delito*. Buenos Aires: Universidad, 2006.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. In: MELLO, Marcelo et al. *Sociologia e direito*: explorando Interseções. Niterói: PPGSD/UFF, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. A questão criminal no Brasil contemporâneo. In: *2º Fórum Nacional de Alternativas Penais*: Audiências de Custódia e a Desconstrução da Cultura do Encarceramento em Massa. Salvador/BA, 2016 (publicação comissionada pela Fundação Bienal de São Paulo em ocasião da 32ª Bienal de São Paulo – Incerteza Viva).

BINDER, Julius. *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*. Hamburg: Severus, 2013.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. 1872.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, 2. ed. 1914.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

BRITO, Alexis Couto de. Culpabilidade: evolução e análise crítica atual. In: BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coords.). *Direito penal*: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

CARRINGTON, Kerry et al. (Eds.). *The Palgrave Handbook of Criminology and the Global South*. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2018.

CARRINGTON, Kerry et al. *Southern Criminology*. London: Routledge, 2019.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 104, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia crítica do século XXI como criminologia dos direitos humanos. *14º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2008.

DAL SANTO, Luiz Phelipe & FERRAZ JUNIOR, Jairton. Necropolítica e sistema penal brasileiro: genocídio institucionalizado contra negros. In: ALMEIDA, Bruno Rotta et al. (Orgs.). *Saúde e mortalidade no sistema penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. v. 1.

DARKE, Sacha & KHAN, Omar. Coloniality, just war & carceral injustice in Brazil. *Punishment & Society* 0(0), Special Issue: Legacies of Empire, 1-18, 2021. DOI: 10.1177/14624745211041849.

DIETER, Maurício S. Sistema econômico e tutela penal do escravo no brasil imperial. *Discursos Sediciosos* 17(19/20): 613-647, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Jairton. Teoria dos elementos negativos do tipo: um modelo dogmático de contração do direito penal. In: BRITO, Alexis Couto de (Org.). *Caderno de ciências penais*: reflexões sobre as teorias da antijuridicidade. São Paulo: Plêiade, 2019.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 42. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.

FRANK, Reinhard. *Über den Aufbau des Schuldbegriffs.* Giessen: Alfred Töpelmann, 1907.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen. In: *ZStW* 27, 1907.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: Silva Dias et ali. (Coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt AM: Suhrkamp, 1989.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 2. ed. 1972.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. 3. ed. Algemeiner Teil, 1996.

JOSHI JUBERT. *Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuridicidad*. ADPCP, 1989.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Algemeiner Teil*. Baden-Baden, Nomos, 2005.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*. *Algemeiner Teil*. 5. ed. Munique: Vahlen, 2005.

LESCH. *Der Verbrechensbegriff*: Grundlinien einer funktionalen Revision, 1999.

LISZT, Franz von. *Das deutsche Reichsstrafrecht*. Berlin, 1881.

LISZT, Franz von; SCHMIDT, Eberhard. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlim: De Gruyter, 1932.

MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Incidencia de los trastornos mentales en categoría dogmáticas distintas de la imputabilidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (dir.); MARTÍNEZ GARAY, Lucía (Coord.). *La justificación penal*: balance y perspectivas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Munique: Dunkler & Humblot, 1949.

MEZGER, Edmund. *Ein Studienbuch*. 9. ed. Munique: Beck, 1966.

MILITELLO, Vincenzo. O erro do inimputável entre exegese, dogmática e política criminal. In: *Anuario da facultade de dereito*: Universidade A Coruña, 1999. v. 3.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PORCIÚNCULA, José Carlos. Imputabilidade, Ação e Dolo. In: BUSATO, Paulo César (Org.). *A linguagem do direito penal*: anais do 1º congresso ibero-americano de direito penal e filosofia da linguagem em Curitiba-PR. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

QUIJANO, Aníbal. *Coloniality of power, eurocentrism, and Latin America*. Nepantla: Views from South 1.3, 533-580, Duke University Press, 2000.

RAGUÉS Y VALLÉS. *Dolo y Prueba. El Dolo y su Prueba en proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I.
RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*. Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2017.
ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlim: De Gruyter, 2006.
SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. Comentario al art. 20 CP. In: SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coord.). *Código Penal de 1995*. Granada: Comares, 1999.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad*. Indret, 2014.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. ¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas. In: *Normas y acciones en Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.
SUPER, Gail. Porous Penality and the Myth of Liberal Punishment: Lessons from South Africa. *The British Journal of Criminology*, azad017, 2023, https://doi.org/10.1093/bjc/azad017.
TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
VIVES ANTÓN, Tomás. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde um margen. Bogotá: Temis, 1988.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A evolução do conceito de culpabilidade e a moderna doutrina alemã, de Sebástian Borges de Albuquerque Mello – *Ciências Penais* 12/261-291; e
- Para além de "menores" e "loucos": elementos para um conceito teleológico-funcional redutor de imputabilidade no direito penal, de Hamilton Gonçalves Ferraz – *RBCCrim* 187/27-68.

Ofensividade nos delitos ambientais

Offensiveness in environmental crimes

Ana Maria Lumi Kamimura Murata
Doutora em Direito Penal (USP). Mestre em Direito Penal (USP).
Bacharel em Direito (UFPR). Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8320271873151749].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-4182-4754].
anammurata@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515860].

Recebido em: 02.04.2023
Aprovado em: 05.10.2023
Última versão da autora: 26.10.2023

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: O artigo analisa o papel do princípio da ofensividade na delimitação da intervenção penal legítima na esfera ambiental. Estuda-se o princípio da ofensividade e o seu potencial para operar como critério de legitimidade da intervenção penal, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. A ofensividade tem a aptidão para operar como limite à normativização excessiva, pois, ao exigir um desvalor de resultado, torna possível a diferenciação do ilícito penal da mera desobediência à norma administrativa. Esse potencial, contudo, possui limitações, que são analisadas para revelar a real capacidade de rendimento do princípio da ofensividade na temática ambiental.

Palavras-chave: Direito Penal ambiental – Princípio da ofensividade – Delitos de acumulação – Intervenção penal legítima.

Abstract: This article analyzes the role of the offensiveness principle in limiting the legitimate criminal intervention in environmental issues. It studies the principle of offensiveness and its potential to operate as a legitimate criterion of the criminal intervention, from a Democratic Rule of Law perspective. By requiring a result disvalue, the offensiveness has the ability to prevent excessive normatization, allowing criminal offenses to be differentiated from the mere disobedience of administrative rules. Finally, it analyzes limitations to the real potential of the principle of offensiveness in environmental issues.

Keywords: Criminal Environmental Law – Principle of offensiveness – Cumulative criminal offenses – Legitimate criminal intervention.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio da ofensividade. 3. Ofensividade nos delitos de acumulação. 4. Critérios de verificação da ofensividade nos delitos ambientais. 5. Ofensividade e intervenção penal mínima. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Na[1] era de proteção ambiental, são preocupantes as ameaças de catástrofes ambientais e a perda gradual da confiança no futuro da humanidade. O discurso decorrente é o de que o humanismo e o poder punitivo, "agora, caminham de braços dados para edificar, de modo congruente, uma sociedade livre, justa, solidária e democrática, que limite o excesso, mas que também proíba a deficiência"[2]. Modula-se, assim, a ideia da limitação de excessos, demandando-se maior intervenção penal.

Encontra-se na doutrina diversos posicionamentos que evidenciam a perplexidade da sociedade pós-industrial diante dos riscos ambientais, que tentam legitimar uma atuação estatal na gestão dos perigos mais ampla e intervencionista, a fim de proporcionar maior segurança, objetiva e subjetiva, à coletividade.

Nesse cenário de novas demandas, o jurista penal depara-se com o dilema: aplicar instrumentos dogmáticos que apreendem com dificuldade as novas realidades, podendo apresentar resultados entendidos como insatisfatórios desde o ponto de vista político-criminal e das convicções jurídicas da comunidade[3], ou renunciar à aplicação estrita, flexibilizando os instrumentos em benefício de um resultado socialmente aceitável, por mais que possa modificar as regras gerais de atribuição de responsabilidade[4].

Especificamente nos delitos ambientais, o princípio da ofensividade encontra uma série de dificuldades. Além da dificuldade de definição do bem jurídico ambiental, ante a sua espiritualização, e de tipificação da conduta considerada ofensiva, muitas vezes se socorrendo a tipos de perigo abstrato[5], com a antecipação do momento interventivo, há também

1. Texto parcialmente apresentado como dissertação de mestrado em Direito Penal, em 2016, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Titular Ana Elisa Liberatore Silva Bechara.
2. Em reflexão sobre o tema, Juarez Tavares questiona: "Será mesmo que o excesso está, hoje, limitado? E será que se pode proibir a deficiência? Pensando nisso, podemos ficar perplexos como o fenômeno da proibição, agora, se estende não mais, de modo exclusivo, a condutas danosas, senão também ao próprio protagonista do mito. Ao Estado não se confere mais o poder de proibir, se lhe proíbe, então, não proibir" (TAVARES, 2011, p. 166).
3. Sobre o tema, Hassemer, em crítica à assessoriedade administrativa, sustenta que é "publicamente evidente que os tradicionais pressupostos de imputação do Direito Penal podem ser inteiramente impeditivos de uma política criminal eficiente" (2003, p. 62).
4. Na perspectiva de José Manuel Paredes Castañón, a solução satisfatória consiste em uma combinação de velhas e novas técnicas, ajustando aquelas para que não desviem de sua essência (1997, p. 218-219).
5. Há situações em que a colocação do meio ambiente em risco já se torna insuportável, demanda-se a antecipação do momento de intervenção penal com a criação de delitos de perigo. A constatação da periculosidade da conduta também passa a se tornar uma questão relevante, havendo, inclusive,

a dificuldade de identificar a ofensa produzida pela conduta individualmente considerada, distinguindo-a do resultado naturalístico provocado e verificando o nexo causal sem a influência dos fatores externos (micro-ofensas, relações sociais complexas) que confluem para alcançar a ofensa.

Por essas razões, alguns autores propõem, excepcionalmente, a não observância ao princípio da ofensividade. Ferrando Mantovani, sob a justificativa de que estaria preservando o conteúdo de garantia da ofensividade de uma excessiva abertura, defende a admissibilidade da derroga do princípio quando estiver diante de crimes sem ofensividade, que encontram a sua razão de ser na necessidade político-criminal de prevenir ofensas a bens primários, coletivos e institucionais[6].

Nesse sentido, o que se propõe analisar é a relevância e a atualidade do princípio da ofensividade nos delitos ambientais.

2. Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade[7], está consagrado no dogma *nullum crimen sine iniuria* e consiste em uma dupla exigência: (i) toda infração penal requer a exteriorização e a materialidade de um fato (dimensão qualitativa da natureza do bem jurídico); e (ii) o fato deve lesionar ou colocar em perigo um bem juridicamente tutelado (dimensão quantitativa da extensão da ofensa)[8].

Esse princípio encontra a sua origem em Aristóteles e Epicuro, autores que influenciaram a cultura penal iluminista, a qual vislumbra no dano causado a terceiros "as razões, os critérios e a medida das proibições das penas"[9]. Partindo-se da proposta kantiana de que a função do Direito é tornar compatível as liberdades de cada um permitindo a convivência social[10], a ofensa somente se mostra relevante quando houver projeção externa ao

autores que defendem que os delitos de perigo abstrato, técnica comumente usada em matéria ambiental, seriam incompatíveis com o princípio da ofensividade. Veja-se: GOMES, 1994; JESUS, 2009; OLIVEIRA, 2004; MOCCIA, 1997.

6. MANTOVANI, 2002, p. 91-97.
7. Vittorio Manes sustenta que o termo ofensividade se identifica como lesão ou colocação em perigo do interesse protegido; e lesividade, de regra, é usado como termo equivalente, não se restringindo à lesão, mas também à colocação em perigo (2005, p. 1). No mesmo sentido, Renato de Mello Jorge Silveira, apesar de apontar uma diferença feita doutrinariamente entre lesividade e ofensividade, sendo esta referente à exclusiva proteção de bens jurídicos e aquela unicamente faria referência a "como deve ser entendida a proteção ofertada", acaba interpretando ambas as expressões de igual sorte e sob um mesmo prisma (2006, p. 161-162).
8. GONZÁLEZ CUSSAC, 1992, p. 7.
9. FERRAJOLI, 2006, p. 428.
10. Conforme expõem Galvão Rabelo e Túlio Vianna, existem duas abordagens filosóficas da origem liberal do princípio da ofensividade: a distinção de Kant entre direito e moral, do século XVIII, e a premissa de John Stuart Mill de que o poder da maioria política encontra limites no respeito à liberdade individual, do século XIX (2018).

sujeito, obstaculizando ou impedindo o exercício do direito de outrem – com projeção na esfera relacional[11].

Especialmente no contexto italiano[12], o princípio buscou afastar o Direito Penal do normativismo rigoroso, distanciando-se do velho sistema codicista, e trouxe a ideia de fundamentação constitucional do bem jurídico[13]. Com a exigência da ofensividade, foi possível realizar um controle democrático da validade da norma incriminadora, não bastando a mera contrariedade ao texto legal, exigindo-se também oposição à própria função do Direito Penal[14].

Assim, o princípio da ofensividade serviu como fundamento do desaparecimento progressivo na segunda metade do século XX de delitos baseados em meras discrepâncias

11. TERRADILLOS BASOCO, 2010, p. 122. Nesse sentido, leciona Paulo de Souza Queiroz que a intervenção penal "somente deve ter lugar quando uma dada conduta represente uma invasão na liberdade ou direito ou interesse doutrem; é dizer, a incriminação somente se justifica quando o indivíduo, transcendendo a sua esfera de livre atuação, isto é, os limites de sua própria liberdade, vem de encontro à liberdade de outrem, ferindo-lhe, com certa intensidade, um interesse merecedor de proteção penal" (2002, p. 87).
12. Sobre a especial contribuição da doutrina italiana no desenvolvimento do princípio da ofensividade, leciona Francesco C. Palazzo que "a afirmação do princípio da lesividade como indicação tendente a evitar que, em sua complexidade, o sistema se afaste das balizas de um Direito Penal da ofensa, é comum a todos os ordenamentos examinados. Deve-se, todavia, observar que o princípio se fez objeto de maior atenção e particular sistematização científica por parte da doutrina italiana, que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-constitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam. Na Alemanha, em vez disso, as enunciações doutrinárias a respeito, se não apresentam um caráter quase incidental no quadro dos princípios fundamentais do sistema, fundam-se, habitualmente, em um genérico reclamo ao *Rechtsstaatprinzip* e na atual caracterização do Direito Penal germânico como sistema, que, na contraposição entre o 'desvalor do evento' (*Erfolgsunwert*) e o 'desvalor da ação' (*Handlungsunwert*), privilegia, consequentemente, o primeiro, evitando, assim, que, radicando-se o desvalor exclusivamente na ação, possa apresentar o risco de um retorno a um Direito Penal de mera vontade ou da perigosidade" (1989, p. 80).
13. MACHADO, 2014, p. 177-178.
14. Fábio Roberto D'Avila aborda a aproximação da ofensa aos bens jurídicos ao *Tatbestand*, que, "para além de uma simples descrição formal da conduta criminosa, como [...] verdadeiro 'portador da valoração jurídico-criminal que o juízo de ilicitude exprime'". Avisa que, embora a teoria da proteção de bens jurídicos encontre suas origens na teoria iluminista do dano social, não há equivalência entre elas, pois aquela "não descreve o dano social (ou, ao menos, não necessariamente) como 'perturbação da relação entre sujeitos' [...] e sim como 'dano a objetos externos' [...] aos quais a sociedade outorga valor". E, conclui, que a ofensividade não deve ser compreendida pela perspectiva sociológica do ilícito, como danosidade social, uma vez que se trata de conceito cujo conteúdo é de difícil determinação, falhando como padrão crítico de criminalização (2005, p. 43). Francesco Palazzo, por sua vez, leciona que, embora no início a noção simplista de danosidade social tenha demonstrado insuficiência conceitual (por identificarem-se com valores sociais), acabou estimulando a elaboração mais sofisticada de critérios de criminalização voltados ao legislador no ordenamento liberal-democrático. Assim, a danosidade social encontrou subsídio na ofensividade, limitando o atuar do legislador com as seguintes exigências: que o desvalor do ilícito encontre sua preexistência na ciência e na sensibilidade social; e que cause uma alteração prejudicial externa ao agente (2005, p. 54-57).

ideológicas, políticas, religiosas ou meras imoralidades, sem transcendências nos direitos de terceiros, como o crime da homossexualidade[15]. Converteu-se, dessa forma, em um dos pilares do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe caráter objetivo[16].

De modo a reforçar a imperatividade da observância do princípio na esfera ambiental, a Constituição materializou-o em seu art. 225, § 3º, reconhecendo a necessidade de lesão ao meio ambiente para a aplicação de sanções de forma legítima. A partir dessa exigência de afetação concreta do bem jurídico, expressa-se um ideário político-ideológico, no sentido de demandar uma contraprestação forte à limitação da liberdade, qual seja, a ofensa penalmente relevante.

Hodiernamente, o princípio ora analisado tem aplicação em dois níveis: o primeiro político-criminal, orientado ao legislador, para que não contemple em tipos penais uma conduta incapaz de gerar uma ofensa ao bem jurídico (*jure condendo*); o segundo, dogmático e exegético, direcionado ao aplicador do Direito, para que a intervenção penal ocorra apenas nos casos em que há uma ofensa real ao bem jurídico, diferenciando-se dos casos de mera desobediência da norma (*jure condito*)[17].

No tocante à função político-criminal, Nilo Batista extrai quatro limites às proibições penais, quais sejam: (i) as atitudes internas (não exteriorizadas); (ii) as condutas que não excedem o âmbito do próprio autor (necessidade de ofensa a bens jurídicos de terceiros); (iii) os simples estados ou condições existenciais do sujeito e (iv) as condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico (necessidade de transcendência social)[18].

A função hermenêutica diz respeito à interpretação constitucional corretiva das normas, para evitar que as incriminações, consideradas válidas perante a Constituição, incidam sobre as condutas que não possuam caráter penalmente relevante[19]. Como já mencionado, este é um ponto frágil do princípio da ofensividade, que exige cautela para que a interpretação não se dê de forma distorcida. Especialmente no Brasil, ressalta Fabio Roberto D'Avila, a "realidade legislativa, tal como se apresenta, na qual a falta de preocupações com as exigências constitucionais de validade e a acentuada falta de rigor técnicos são marcas comuns", aumentando o grau de responsabilidade do intérprete[20]. Nesse sentido, mostra-se fundamental o trabalho de aprimoramento da operacionalização da ofensividade, como filtro hermenêutico, na definição de seus contornos.

Em relação à função dogmática, a ofensividade constitui uma exigência para a configuração do delito, uma vez que somente pode haver sanção criminal quando a ofensa for penalmente idônea. Dessa forma, rechaça-se a punição baseada apenas no desvalor da ação, exigindo um resultado – jurídico – que pode ser imputado à conduta praticada,

15. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 85-86.
16. BECHARA, 2014, p. 153.
17. MARTINS-COSTA, 2015, p. 190-193.
18. BATISTA, 2007, p. 92-94.
19. MACHADO, 2014.
20. D'AVILA, 2009a, p. 74-75.

conferindo objetividade ao sistema penal. Dentro da teoria do delito[21], discute-se o âmbito de atuação da ofensividade.

O princípio da ofensividade consagra-se em uma dupla exigência: de existência de um bem jurídico-penal e de sua ofensa relevante. Dessa forma, parte da análise relaciona-se à conduta e outra parte ao resultado.

Por esse motivo, Hernan Hormazábal Malarée[22] defende que a ofensividade atua tanto na tipicidade da conduta quanto na antijuridicidade. Leciona o autor que, ao se descrever uma conduta no tipo penal, em um juízo *ex ante*, exige-se que esta possua aptidão para ofender um bem jurídico-penal, isto é, para causar um risco ou perigo ao objeto jurídico tutelado. Portanto, há um juízo valorativo da tipicidade que corresponde ao desvalor da ação, desde uma perspectiva normativa (caráter formal). Além disso, engloba um desvalor de vinculação social, que demanda que a ofensa seja dirigida à pessoa terceira.

No âmbito da antijuridicidade, prossegue o doutrinador, analisa-se tanto o seu aspecto formal, se não há outras normas permissivas do comportamento, quanto material, que se relaciona à segunda faceta da ofensividade, centrada no desvalor do resultado. Nesse segundo momento, considera-se, em um juízo valorativo de periculosidade posterior ao da tipicidade, a efetiva afetação do bem jurídico causada pela realização típica.

A antijuridicidade material é dirigida aos casos concretos, em que se realiza o juízo de valoração da periculosidade do comportamento, que induziu o legislador a sancioná-la criminalmente (pretensão de ofensividade)[23]. Dessa forma, torna-se possível estabelecer positivamente a antijuridicidade e consequentemente graduar o injusto penal.

A adoção do conceito material de antijuridicidade, permeada pela concepção de bem jurídico, inclui na análise o valor social protegido pela norma, que não mais se restringe ao mero preenchimento dos requisitos normativos, vinculando-se, dessa forma, à função e ao fim da pena. Com isso, supera-se a ideia de mera desobediência da norma para um comportamento socialmente intolerável[24].

Exercendo essa função dogmática, o princípio da ofensividade demanda uma reflexão, caso a caso, acerca da legitimidade de aplicação da sanção penal, possuindo aptidão para operar como critério delimitador negativo do âmbito de intervenção penal legítima.

Luigi Ferrajoli afirma que tal princípio tem o mérito de impor o ônus de demonstrar a ofensividade da conduta proibida ao bem jurídico. Porém, ressalta que, por si só, não

21. Tendo em vista o objetivo da presente investigação, optou-se por não analisar as diferenças entre tipicidade e antijuridicidade. Sobre esse tema: SILVEIRA, 2010, p. 23 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 621-656. Em sentido diverso do posicionamento defendido no presente trabalho, Helena Regina Lobo da Costa defende que a afetação do bem jurídico é um requisito limitativo da tipicidade conglobante (2010, p. 35). De modo semelhante, Fábio Guedes de Paula Machado afirma que a idoneidade lesiva da ação ou omissão constitui "componente essencial da tipicidade", sendo a ofensividade elemento essencial da tipicidade (MACHADO, 2014).
22. HORMAZÁBAL MALARÉE, 1999, p. 411-422.
23. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2014, p. 237-239.
24. BECHARA, 2014, p. 173.

fornece com precisão a natureza e a quantidade do dano relevante, uma vez que o utilitarismo penal pode favorecer sistemas de proibição máxima ou mínima[25].

Na sociedade pós-industrial, com o aumento da demanda por segurança, observa-se uma utilização ambivalente do princípio da ofensividade[26]. Pondera Bechara que, por um lado, "sob uma ótica liberal do Direito Penal, a exigência de ofensa ao bem jurídico supunha a oposição à criminalização de determinadas condutas, tendo como consequência principal uma tendência crítica de despenalização"; por outro lado, "nos últimos anos passou-se a adotar o mesmo princípio para justificar um Direito Penal criminalizante"[27]. Houve, nesse sentido, uma distorção no emprego do princípio.

Ao invés de exercer papel de orientação de legitimidade negativa, a ofensividade passou a ser usada como critério hermenêutico endereçado à jurisdição, voltado a proporcionar uma releitura substancial da incriminação baseada em uma periculosidade meramente abstrata ou na própria presunção de perigo. Por isso, alerta Manes, que é necessário ter cautela ao empregar o princípio da ofensividade como cânone interpretativo universalmente aceito[28], pois ele tem sido reivindicado, na experiência italiana, com caráter político e até mesmo argumentativo, para justificar incriminações[29]. Em sua operacionalização, há uma porosidade característica do processo hermenêutico e um espaço valorativo na atividade legislativa que influenciam na delimitação do perímetro de relevância penal[30].

Apesar dessas características que desvirtuam a finalidade inicialmente proposta, entende-se que o princípio da ofensividade pode ser usado como critério de controle sobre as decisões de criminalização, desde que delimitado o seu âmbito de aplicação para que possua uma capacidade de rendimento crítica.

Estando inserido no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, que tem como premissa maior a dignidade da pessoa humana, conforma-se a sua função e o seu conteúdo, de modo a funcionalizá-lo para manter e reproduzir as premissas de seu funcionamento[31]. Sob a ótica da intervenção penal mínima, a ofensividade deve, assim, servir como instrumento para limitar a atuação estatal aos casos necessários, de forma subsidiária e fragmentária, para a proteção de bens jurídico-penais.

Para que seja possível elucidar tais questionamentos, a ofensividade[32], entendida como limite crítico fundamental do Direito Penal, não pode consistir na mera violação da disposição

25. FERRAJOLI, 2006, p. 428.
26. Nesse sentido: HASSEMER, 2011, p. 17-18; MATA Y MARTÍN, 1997, p. 1-2.
27. BECHARA, 2010.
28. MANES, 2012.
29. MANES, 2003.
30. MANES, 2005, p. 243.
31. BOTTINI, 2013, p. 123.
32. Conforme explicação de Vittorio Manes, a ofensividade possui uma dupla dimensão: categoria e princípio. Como categoria, a ofensividade identifica a figura que permite a caracterização da conduta típica em um fato incriminador, como ofensiva ao bem jurídico que se pretende tutelar. A tipologia mais comum doutrinária é a de perigo e de dano, com as suas diversas modulações. Como princípio,

normativa. Por isso, é necessário investigar os contornos da ofensa digna de relevância penal, bem como as técnicas idôneas para determinar normativamente o bem jurídico ambiental e a forma de ofensa, para que o Direito Penal não se torne exclusivamente preventivo, em defesa de um meio ambiente excessivamente desmaterializado ou espiritualizado.

3. Ofensividade nos delitos de acumulação

O tema da ofensividade nos delitos ambientais mostra-se de extrema relevância quando da discussão dos delitos de acumulação. Ganha destaque a pergunta formulada por Joel Feinberg: *what if everybody did it?* O autor expõe a complexidade do problema da seguinte forma: (i) há uma aproximação do limite de dano, alcançado ou excedido, pela contribuição conjunta e sucessiva de inúmeras partes; (ii) essas contribuições são desiguais em quantidade e em grau de zelo e valores sociais; (iii) cada contribuição, por si, é inofensiva, porém, conduz à aproximação do valor limite de dano; (iv) quando o dano é causado, este possui caráter público e ameaçam interesses vitais de quase toda a comunidade; (v) a maior parte das atividades que produzem tais contribuições são beneficiais em outros sentidos à sociedade, de modo que, se completamente prevenidas, como um grupo, acarretariam em dano igual ou maior àquele que ora produzem ao meio ambiente. Nesse contexto, o papel do legislador consistiria em controlar a conduta poluente, de modo que o acúmulo químico permaneça abaixo do limite aceitável de dano, ao mesmo tempo em que restringe o mínimo possível as atividades socialmente valiosas[33].

Diante do questionamento proposto por Feinberg, passou-se a refletir se as condutas que somente são consideradas perigosas ou danosas quando repetidas em grande número deveriam ser objeto de apreciação pelo Direito Penal[34].

Desenvolvendo tal ideia, Lothar Kuhlen, dedicando-se especialmente à poluição dos recursos hídricos[35], cunhou o termo delitos de acumulação para designar as "condutas que

é possível compreender a ofensividade em distintos níveis: de plausibilidade da opção penal sob o plano político, da instância de racionalidade que a legitima, e da aplicação crítica do tipo incriminador (2005, p. 1). Na presente investigação, a ofensividade será tratada especialmente em sua dimensão principiológica.

33. Sobre os danos cumulativos, Feinberg entende que, para proibir criminalmente um ato, o legislador deve adquirir as melhores informações empíricas possíveis em relação à quantidade de pessoas dispostas (incluindo-se as oportunidades e habilidades) para agir da maneira em que se está considerando proibir, a fim de avaliar a potencialidade socialmente danosa da conduta, quando praticada em massa, para afetar um interesse público. Deve-se incluir neste juízo de valor a moral e o espírito cívico dos indivíduos, para constatar a probabilidade de a coletividade agir de determinado modo; se os indivíduos optariam pelos interesses pessoais ou se os sacrificariam em prol de motivos maiores. O *harm principle*, nesse contexto, informado por um senso de justiça e plausibilidade, não permitiria a incriminação de condutas inofensivas (*harmless*). Conclui o raciocínio da seguinte forma: "The role of the criminal law would be a derivative one: to provide backup sanctions to enforce authorizative orders" (1989, p. 226-232).

34. A pertinência dessa discussão encontra-se na possibilidade de interpretação de alguns tipos penais previstos na Lei 9.605/1998, a saber os arts. 29, 34, 39, 45 e 49.

35. COSTA, 2010, p. 59.

se tornam penalmente significativas não por si mesmas, e sim porque, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma."[36]

Embora o autor classifique os delitos cumulativos como de perigo abstrato, pela relação da conduta com o bem jurídico, não há enquadramento exato na categoria ante a inexigibilidade de colocação em perigo individualmente. A ofensividade é considerada não a partir de uma conduta individual, mas sim de um coletivo que reúne um tipo específico de condutas[37]. E essa intervenção seria apropriada para ligar a conduta a um desvalor, servindo a sanção penal como estímulo à não prática[38], quando analisado o custo-benefício da atuação humana no campo do proveito econômico e da degradação ambiental[39].

Na tentativa de aperfeiçoar os crimes de acumulação, Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers buscam o fundamento de tal figura no dever de cooperação, segundo o qual os indivíduos, ao conviverem em sociedade, assumem deveres jurídicos individuais de colaborar para garantir o estado em que cada um pode receber a sua parte (*suum cuique tribuere*). Assim, para os autores, não é problemática a legitimação penal dos crimes cumulativos como tais, desde que se busque salvaguardar um bem coletivo cuja manutenção constitui um interesse fundamental da sociedade. A complexidade desse delito residiria na seleção das condutas que podem ser penalizadas de forma legítima. Trazem dois requisitos para a delimitação do âmbito de intervenção: (i) a aptidão da sanção penal para reestabelecer situação de igualdade, que foi modificada pela vulneração da lei; (ii) a conduta deve apresentar danosidade social[40] suficiente para justificar uma ameaça de pena, que restringe o âmbito

36. BECHARA, 2010.

37. É possível notar na jurisprudência pátria a utilização de tal raciocínio na consideração da ofensividade. Por exemplo, a Primeira Turma do Tribunal Regional da 3ª Região argumentou que: "Em se tratando de delitos ambientais, é inviável a aplicação do princípio da insignificância, com a exclusão da tipicidade, porquanto, ainda que determinada conduta, isoladamente, possa parecer inofensiva ao meio ambiente, é certo que, num contexto mais amplo, torna-se relevante, isto é, uma vez somada a todas as demais interferências humanas na natureza, o prejuízo global causado ao ecossistema por todas aquelas condutas isoladas, no conjunto, é evidente, devendo, assim, ser eficazmente prevenida e reprimida por normas administrativas, civis e, inclusive, penais" (TRF4, RSE 2005.61.24.000805-3 RSE 4995/SP, rel. Des. Federal Luiz Stefanini, 1ª T., publicado em 03.07.2008). Nesse sentido também, decidiu a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: "A prática de condutas contra o meio ambiente, a qual poderia, isoladamente, ser considerada de menor potencial ofensivo, e, por isso mesmo, menos lesiva, quando considerada em conjunto, afeta o interesse público, pois, somada com outras, reclamam real extensão do dano provocado ao equilíbrio ambiental por pequenas ações" (TRF1, RSE 0038070-04.2003.4.01.3400/DF, rel. Des. Federal Tourinho Neto, 3ª T., publicado em 08.10.2004).

38. COSTA, 2010, p. 59-60.

39. SAAD-DINIZ, 2012, p. 151.

40. O prognóstico "realístico" de danosidade aqui exigido não se confunde com a efetiva ofensividade, pois Wohlers entende que a teoria do bem jurídico é insuficiente, destacando o *offense principle* como fundamento autônomo de incriminação de condutas. Dispensando-se a figura do bem jurídico, a danosidade a que se refere o autor relaciona-se apenas indiretamente aos interesses dignos de tutela, de forma a justificar a proteção penal de uma função (BECHARA, 2014, p. 249).

de liberdade do autor protegido por direitos fundamentais. Este segundo requisito estaria preenchido quando existente uma expectativa realista dos efeitos cumulativos, isto é, quando os efeitos deveriam ser conhecidos pelas pessoas que praticam a conduta, sabendo-se com certa segurança que uma quantidade suficiente de pessoas para causar o dano agirá da mesma forma[41].

De maneira um pouco diversa, Roland Hefendehl tenta encontrar na ideia de acumulação o equivalente material da relação de causalidade lesiva[42] entre a ação e o bem jurídico nos delitos ambientais, justificando-a a partir da filosofia moral: "se está claro que a violação de uma norma de comportamento por um número suficientemente grande de pessoas lesiona o bem jurídico, não é mais permitido que o indivíduo alegue em sua defesa que a sua contribuição é por si só irrelevante."[43]

Defende que se apenas os efeitos sinérgicos realistas forem considerados passíveis de acumulação e se for observado o princípio da bagatela muitos dos argumentos contrários a esta figura delitiva já poderiam ser afastados. Respeitados esses requisitos, afirma que o campo de aplicação permaneceria estritamente delimitado.

Também defendendo a possibilidade de intervenção penal por meio de delitos cumulativos, Jorge de Figueiredo Dias delimita a possibilidade de punição quando as condutas semelhantes de terceiros "forem, mais que possíveis, indubitavelmente previsíveis e muito prováveis, para não dizer certas". Afirma que somente compete ao legislador ordinário, dentro dos parâmetros jurídico-constitucionais, "ponderar e decidir a questão político-legislativa de saber se, para uma tutela dos bens jurídicos coletivos (ou de certos deles) minimamente eficaz, se torna necessário punir comportamentos em razão da sua provável acumulação e quais devem ser puníveis", não havendo sentido criticar posteriormente a "responsabilização penal por fato de outrem"[44].

Por sua vez, Wolfgang Frisch entende que o problema da acumulação não pode ser visto sob a ótica da determinação do injusto e da importância da conduta[45], mas sim desde o ponto de vista da necessidade e da adequação da pena. Seria idônea a intervenção penal nesses casos quando: (i) as condutas, em número, convertessem-se em uma autêntica ameaça a um bem; (ii) a ameaça fosse realista e não passível de evitação sem recorrer à imposição de pena; (iii) o bem tutelado fosse tão importante que justificasse a imposição de pena.

41. Os autores reconhecem que qualquer conduta, quando praticada por um número suficientemente grande de agentes, pode gerar consequências inaceitáveis. Já existe demonstração empírica da possível ocorrência do resultado danoso; a dúvida reside na plausibilidade da ocorrência de suficientes contribuições individuais para a causação da ofensa (HIRSCH; WOHLERS, 2007, p. 299-303).
42. HEFENDEHL, 2002.
43. HEFENDEHL, 2011, p. 73-74.
44. FIGUEIREDO DIAS, 2003, p. 1137-1138.
45. Wolfgang Frisch justifica a compreensão da acumulação fora da determinação do injusto na impossibilidade de tentar converter lesões em si mesmas insignificantes em lesão ao bem jurídico fazendo alusão à possibilidade de lesões similares por parte de terceiros. Argumenta que o agente não é responsável pelo modo de agir dos terceiros, não sendo possível agregar qualidade negativa à sua ação pelas lesões causadas por outros (2007, p. 337).

Reconhecendo a desproporcionalidade entre a conduta e a reação penal, somente se justificaria a imposição de pena porque inexistentes reações eficientes de menor intensidade. Ressalta, entretanto, que, ante a pronunciada consciência ambiental atual, é pouco provável que a ação de uma pessoa possa produzir um perigo sério ao meio ambiente por causa dos efeitos de acumulação, entendendo suficiente a sanção extrapenal, como as multas administrativas[46].

Constata-se das teorizações mencionadas que se tenta aplicar a ideia de acumulação para dar conteúdo material ao delito ou para dispensar a exigência da ofensividade conduta[47], como forma de expressão do paradigma da prevenção. Em ambos os casos, para além dos outros problemas de imputação[48], não se consegue superar a questão da inofensividade da conduta. Não faz sentido tentar constatar a efetiva periculosidade da ação concreta para afetar o bem jurídico, pois a ação individual nem sequer é capaz de fazê-lo. Ainda que Hefendehl defenda que o delito de acumulação somente é legítimo quando observado o princípio da insignificância, com a admissão da ofensa ínfima (ou nula) como digna de intervenção penal, estar-se-ia oferecendo uma construção dogmática para estender a intervenção penal a casos de bagatela[49].

Conforme salienta Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, o debate acerca dos delitos cumulativos é, antes de tudo, uma questão de política criminal[50]. A imputação do dano cumulativo somente pode se justificar com a flexibilização de institutos e princípios fundamentais, iniciando-se pela função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos. Adotando-se esse posicionamento de "setorização e ruptura sistêmica", abre-se margem à criação de exceções

46. FRISCH, 2007, p. 336-338.

47. O primeiro caso seria fundamentado pela teoria da sociedade, segundo a qual a lesão seria decorrente do somatório de microlesões em massa. Já a dispensa da ofensividade da conduta teria fundamento na filosofia moral, em que a conduta individual viola o dever de solidariedade, contribuindo singularmente para o efeito cumulativo (DIAS, 2003, p. 310).

48. Urs Kindhäuser aponta duas dificuldades para aceitação dos delitos de acumulação. A primeira refere-se às regras de imputação: considerando que isoladamente o agente não atua de forma perigosa, mas somente quando observadas as ações dos outros, uma imputação penal violaria o princípio da culpabilidade, pois cada um somente deve responder penalmente por sua própria conduta. A segunda dificuldade seria a ausência de consciência do agente de estar fazendo algo danoso, uma vez que, pela consideração individual, não seria visível o prejuízo passível de ser causado (1998, p. 504-505). Rafael Alcácer Guirao também aponta a violação do princípio da proporcionalidade entre o grau do injusto e da sanção, dada a evidente desproporção entre a conduta que gera perigo ao bem jurídico apenas se considerado o conjunto de atribuições individuais com grau ínfimo de perigo e a pena (2001, p. 156).

49. MENDOZA BUERGO, 2011, p. 61-64. Também nesse sentido, Luís Greco diz que é "especialmente problemática a categoria dos delitos de cumulação, pela tendência de criminalizar bagatelas que lhe é ínsita" (2004, p. 15).

50. De modo semelhante, Silveira expõe que "uma cumulação de condutas, *per se* inofensivas, pode vir a colocá-lo [bem jurídico] em perigo" real ou até mesmo causar dano. Porém, "a diferença entre micro e macro-criminalidade há de ser tida em perspectiva político-criminal, mas não dogmática", de tal sorte que a prevenção de grandes riscos não se sustenta como motivo suficiente para a incriminação (2006, p. 149-150).

em outras esferas do Direito Penal[51] e à supressão de garantias fundamentais que delimitam a função de prevenção.

Ainda que os delitos de acumulação se prestem à proteção de bens jurídicos valiosíssimos, não deixa de ser uma estrutura ilegítima de criminalização de condutas, na medida em que a pena não retribui um comportamento que materialmente represente um injusto[52]. Convém ressaltar que Joel Feinberg desenvolveu a ideia de *accumulative harm* dentro do sistema penal da *Common Law*, não centrado na ideia de proteção de bens jurídicos, promovendo a imputação criminal para reforçar o cumprimento das normas administrativas. Somente abdicando-se da imprescindibilidade de ofensa ao bem jurídico-penal é que seriam admissíveis os delitos de acumulação.

No contexto brasileiro, em que se defende um Direito Penal adequado ao Estado Democrático de Direito, somente no âmbito do Direito Administrativo as necessidades preventivas podem justificar a inexigibilidade de retribuição individualizada e de ofensividade[53]. O Direito Penal, por sua vez, não pode buscar a prevenção a qualquer custo; quando se impõe uma pena a uma pessoa, deve-se considerá-la um indivíduo (pela potencialidade lesiva de sua conduta) e não um representante da massa (potencialidade lesiva de um setor da população)[54].

Dessa feita, admitir uma incriminação baseada na ofensividade a bens jurídicos causada apenas por um conjunto condutas similares[55], as quais, *per se*, não tem danosidade suficiente, abriria a possibilidade de tipificação de meras violações de dever, como instrumento de política social voltado ao reforço do cumprimento das normas administrativas[56].

---

51. BECHARA, 2014, p. 253-254.
52. FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, p. 162.
53. No Brasil, Pierpaolo Cruz Bottini defende que a conduta isolada, nos delitos por acumulação, pode afetar a segurança ou expectativas de inibição da prática reiterada de tais atividades, que são interesses de toda a sociedade, indeterminados, mas não acarreta, nem em potência, ameaça aos interesses específicos que decorrem da autodeterminação dos cidadãos, não possuindo legitimidade pela ausência de periculosidade (2013, p. 183). Berdugo Gómez de la Torre leciona que valorar o perigo em função da possível realização de outras condutas análogas por esta ou outras pessoas é um critério de imputação próprio do Direito administrativo sancionador e não do Direito Penal, pois o perigo em Direito Penal deve estar vinculado à conduta realizada e tomá-lo como referência ao risco gerado por ela a um determinado bem jurídico (2012, p. 222-225). Também defende Bechara que, "ainda que a preocupação com os danos cumulativos se mostre legítima e justificada, sua tutela deve competir à esfera administrativa, apta a funcionar como mecanismo de reforço hábil das expectativas normativas para impedir tais comportamentos, sem que se faça necessário o recurso ao Direito Penal" (2014, p. 254).
54. FEIJOO SÁNCHEZ, 2006, p. 160-161.
55. Nas palavras de Emerson Penha Malheiro, "confundem-se as fronteiras entre direito penal e direito administrativo sancionador (...) a conclusão sobre a ofensividade e a ilicitude dessa conduta, embora não de modo declarado, parece envolver uma análise global, estranha à racionalidade individualizante do direito penal moderno" (2018).
56. Os tipos penais previstos na legislação brasileira, passíveis de interpretação acumulativa devem ser aplicados de modo adequado, com a verificação da ofensividade da conduta individualizada ao bem jurídico, com o referencial individual, para que a imposição da sanção seja idônea.

Em que pese a consideração de Jorge de Figueiredo Dias, o que se busca é justamente o contrário da aceitação acrítica do referencial normativo. Não se pretende utilizar dos instrumentos da política criminal e da dogmática para justificar uma atividade punitiva, mas, ao contrário, possibilitar o controle de legitimidade da intervenção penal para que sejam resguardadas as garantias fundamentais do ser humano.

4. Critérios de verificação da ofensividade nos delitos ambientais

É possível extrair alguns parâmetros de verificação da ofensividade da conduta contrária ao meio ambiente.

Inicialmente, o comportamento incriminado deve ser apto, por si só, a produzir um risco ao conjunto de fatores configuradores do ecossistema, quando relacionado à capacidade de desenvolvimento e autodeterminação do indivíduo em sociedade. Esse risco jurídico-penalmente relevante deve ser constatável por meios científicos ou estatísticos, de modo a expressar um desvalor de resultado.

Ressalta-se que o resultado pertinente à análise da ofensividade não é aquele naturalístico, mas sim o jurídico, valorativo, de afetação ao bem jurídico[57]. Essa distinção mostra-se relevante no Direito Penal ambiental, pois muitas vezes as condutas incriminadas provocam uma alteração material, que não necessariamente coincide com o resultado jurídico desvalorado, sendo imprescindível para a incriminação a afetação de um bem jurídico com referente individual[58].

---

57. A ofensividade não pode ser interpretada como resultado naturalístico (dano provocado em coisas), e sim como potencial de lesão ao interesse referente à coisa. Nesse sentido, a ofensividade da conduta é medida por meio da gravidade de afetação do bem jurídico, ainda que não constatado o resultado naturalístico, sendo admissível a possibilidade de delitos de lesão nos interesses coletivos penalmente tutelados (BECHARA, 2014, p. 228-229). Sobre o tema, a jurisprudência pátria demonstra certa dificuldade na análise da ofensividade da conduta ao bem jurídico. O Superior Tribunal de Justiça, analisando o grau de lesividade ao bem jurídico, especialmente quando da aplicabilidade ou não do princípio da insignificância, tende a observar a quantidade, por exemplo, de peixes pescados fora do período autorizado de forma rasa, sem observar o impacto concreto ao meio ambiente como bem jurídico, evidenciando a confusão entre o objeto material e o bem jurídico. Além disso, não nota a ofensividade como um critério suficiente para afastar a configuração do delito, exigindo-se também que o grau de reprovabilidade do comportamento do autor, sob uma ótica subjetiva, seja considerado ínfimo. Desse modo, em um caso em que a quantidade de peixes pescados de modo ilícito era pequena, os ministros entenderam ser a ofensa causada penalmente relevante por ser o autor "pescador profissional [...] surpreendido com petrecho proibido" (STJ, HC 192.696/SC, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., publicado em 04.04.2011). Cita-se também o julgado: STJ, HC 238.344/PA, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., publicado 06.09.2013.

58. Por exemplo, a conduta poluidora do rio, em níveis acima do permitido pela Administração pública, provoca a morte de alguns peixes. Apesar da ocorrência do resultado naturalístico (morte de peixes), esse comportamento pode ou não ser entendido como ofensivo ao bem jurídico ambiental, a depender da existência de um referente individual. Salienta-se que, pelas perspectivas ecocêntrica ou antropocêntrica moderada, é possível encontrar maior identidade entre a ofensa e o resultado físico, sendo mais fácil a utilização de crimes de lesão e perigo. Entretanto, é evidente que a facilidade

Assim, a ofensividade compreendida como resultado jurídico deixa de ter parâmetros tangíveis de "dano", pela ausência de suporte material, sendo que a sua concretização passa a depender dos referenciais normativizados, num conceito prepositivado[59]. Há uma tendência de abstração elevada, pois se dá uma feição generalizante para tentar obter uma representação única aos bens jurídicos coletivos, perdendo-se a sua expressão concreta[60]. Todavia, sabe-se que, quanto maior o grau de determinação do bem jurídico, mais fácil será a verificação da efetiva ofensa[61].

Com o aumento da dependência do conteúdo da norma penal não pode resultar na simples subsunção formal do comportamento ao tipo. É necessário que exista uma ponte entre o dever ser e o ser, para distinguir "realidades capazes de serem protegidas e quimeras geradas pela linguagem cotidiana" na legitimação e interpretação de uma norma penal[62]. Essa função de conexão entre a previsão legal e a realidade, conferindo conteúdo material ao injusto, é exercida pelo princípio da ofensividade.

Ainda que se possa admitir alguma desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico meio ambiente, desvinculando-o da realidade ontológica tangível, o limite dessa normativização está na exigência de ofensividade, para que o comportamento incriminado não se esgote em um desvalor de ação[63] e resulte apenas na lesão de um dever jurídico. Adverte Bechara que, pela evolução histórica do Direito Penal, sempre que se aproximou da desmaterialização completa do bem jurídico, "a intervenção penal experimentou épocas de autoritarismo e arbítrio"[64].

Por isso, mostra-se necessário que o bem jurídico meio ambiente possua algum grau de concretização, que permita a constatação da ocorrência de um desvalor de resultado.

Para a mensuração da ofensa penalmente relevante ao meio ambiente, o primeiro indicativo pode ser extraído da ponderação da importância do bem jurídico tutelado frente aos outros interesses contrapostos[65], que, quando hierarquizados[66], informam o grau de intensidade da ofensa que se mostra proporcional à ameaça penal correspondente.

---

de aplicação de uma sanção criminal não deve ser usada como argumento válido para abdicar dos pilares garantistas do Estado Democrático de Direito e tornar idônea uma intervenção penal.

59. BECHARA, 2014, p. 229.
60. D'AVILA, 2009b, p. 20.
61. MENDEZ RODRIGUEZ, 1993, p. 236.
62. AMELUNG, 2011, p. 151.
63. MATA Y MARTÍN, 1997, p. 36-37.
64. BECHARA, 2014, p. 284.
65. A relevância da ofensa apta a justificar a intervenção penal deve ser proporcional à finalidade de assegurar um espaço vital, para atender ao delicado equilíbrio de interesses contrapostos (BECHARA, 2014, p. 227).
66. O bem jurídico determina o parâmetro que permite medir a proporcionalidade da ingerência penal, bem como, por meio de sua hierarquização, informa o grau de intensidade da lesão que caracteriza uma relação adequada entre a proibição de ação e a ameaça penal, e entre a ameaça e o ataque. O valor do bem jurídico, portanto, contribui na determinação dos limites dentro dos quais é legítima uma restrição da liberdade geral de ação e também dos quais os cidadãos podem ser ameaçados

Alguns autores propõem avaliar a ofensividade por meio do contexto em que o bem jurídico está inserido. Sugere Kindhäuser[67] a adoção de uma concepção dinâmica da proteção, analisando-se a ofensividade da conduta não de forma preestabelecida, sob o argumento de que o estado ideal da natureza está longe de ser alcançado. Dessa forma, competiria ao Direito Penal contribuir no processo de mudança de valores sociais para harmonizar o meio ambiente conforme o objetivo de restabelecimento ecológico do estado natural mais otimizado possível. Nesse sentido, sustenta o autor a consideração da ofensa quando relacionada ao estado ideal da natureza.

Entretanto, o meio ambiente não pode ser entendido como ideal ou intangível, mas sim como ambiente do ser humano[68], por ser um bem jurídico suscetível de fruição, consumível e deteriorável. Há que se perceber que existem valores limites de ofensa admissível, sendo impraticável a preservação pela proibição total, sob pena de paralisar setores de atividade social e econômica[69]. E é por esse motivo também que não se entende admissível a tese defendida por Schünemann de que "a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto"[70].

Ademais, o estado ambiental ideal já não é uma realidade tangível, não competindo ao Direito Penal atuar de forma a educar e transformar os valores sociais, assumindo uma postura propositiva. Por se tratar de um Direito repressivo, devem ser respeitados outros princípios e valores, de modo que o Estado deve sancionar criminalmente somente quando respeitado o princípio da intervenção mínima, isto é, vislumbrada a necessidade e a fragmentariedade da intervenção. Uma atuação penal nos parâmetros propostos violaria a

com sanções frente à desviação da norma. (HASSEMER, 2005, p. 70; HASSEMER, 2007, p. 98). Em sentido semelhante, Palazzo diz que a proporcionalidade orienta o limite da antecipação da tutela penal, baseando-se no *status* do bem jurídico tutelado (2005, p. 74).

67. Ressalta-se que o autor defende uma concepção antropocêntrica-ecológica, entendendo que a natureza deve ser garantida em seu completo equilíbrio ecológico, sem haver necessidade de proteger interesses humanos imediatos, pois a natureza é fundamento para a vida humana, em seu mais amplo sentido (KINDHÄUSER, 1998, p. 503).

68. O ambiente – em consonância com um conceito personalista de bem jurídico – se protege não como bem jurídico ideal, intangível, ao menos no atual estado, tanto do sistema ou modo de vida como da dogmática jurídica a eles associada, senão como ambiente do ser humano, sobre aquele que o homem tem um poder de atuação autorresponsável (MATA BARRANCO, 2002, p. 581-582).

69. DIAS, 2003, p. 320-321.

70. Sobre a tese, Schünemann expõe: "o meio ambiente limpo é constituído por uma incontável profusão de objetos fisicamente individualizáveis e de processos físico-químicos (em princípio comparáveis ao corpo humano, mas exponencializados a níveis gigantescos), de modo que, no que se refere aos caminhos conducentes à lesão e aos recursos de proteção, valem, *prima facie*, regras similares às que regulam os bens jurídicos individuais individualizáveis. Considero a tese de que a lesão ao meio ambiente seja estruturalmente uma espécie de furto e, enquanto furto de bens elementares de todas as pessoas, uma espécie muito mais grave do que o furto dos pedaços da sociedade de consumo e do desperdício que se encontrem na propriedade individual, a minha mais importante tese a respeito do Direito Penal ambiental, com a qual também fica refutada a afirmação da Escola de Frankfurt, segundo a qual o Direito Penal não estaria aqui respeitando o princípio da proteção de bens jurídicos" (2005, p. 24-25).

compreensão de *ultima ratio* da estabilização de um dado marco de condições sociais e converteria o sistema penal em um instrumento político de transformação social[71].

Também analisando o contexto em que o bem jurídico está inserido, D'Avila propõe, para a análise da ofensividade, o reconhecimento de uma dimensão existencial a ser concretizada e individualizada à luz das circunstâncias e particularidades do caso concreto[72]. Afirma que a base para uma correta compreensão da problemática que envolve a ofensividade é o contexto, analisando-se os "efeitos de uma determinada conduta em um contexto de grande instabilidade", que permite "afirmar ou negar a possibilidade de dano ao bem jurídico e, portanto, o critério objetivo de uma ofensa de cuidado-de-perigo"[73]. Para ilustrar o entendimento, o autor exemplifica: "quanto maior o grau de poluição de uma área, menor deverá ser o nível de poluição tolerado pela lei"[74].

Sustenta que essa concepção não seria equivalente aos crimes de acumulação, pois, na normalidade dos casos, em que a conduta está inserida em um ambiente estável, não haveria crime. Seria uma proposta mais restritiva àquela, em que somente em um contexto de extrema instabilidade ou "verdadeiro caos ambiental" a conduta em si inofensiva poderia levar a uma ofensividade de cuidado-de-perigo, de concreto pôr-em-perigo ou até mesmo efetivo dano[75].

Porém, analisar a conduta inserida nesse contexto permite atribuir responsabilidade penal ao infrator pelo estado deteriorado em que já se encontra o meio ambiente, que também é resultante da acumulação e da combinação sinérgica de condutas em si inofensivas. Assim, agrega-se ao comportamento do agente o desvalor do resultado de outros comportamentos para além da ofensa gerada[76].

Ademais, de acordo com esse posicionamento, a norma penal seria aplicável apenas em um contexto grave de instabilidade, tornando difícil a realização pelo legislador de um juízo de desvalor geral no momento da incriminação, em que se permite a criação de proibições penais regionais, bem como colocando empecilhos à previsibilidade por parte do agente do potencial ofensivo de sua conduta, diante da variação dos índices de emissão de poluentes em uma determinada área[77].

---

71. BECHARA, 2014, p. 227.
72. D'AVILA, 2009b, p. 17-18.
73. D'AVILA, 2005, p. 391-392.
74. D'AVILA, 2009a, p. 124.
75. D'AVILA, 2005, p. 395.
76. É justamente pelo efeito cumulativo ou sinérgico que torna impossível equiparar o contexto de instabilidade dos crimes ambientais com aquele decorrente do ato de colocar fogo em uma casa, verificando o prognóstico de possível dano, conforme exemplo dado por D'Avila para justificar a validade de sua teoria (2005, p. 392).
77. Some-se à enorme dificuldade de constatação do desvalor no momento da incriminação pelo legislador a utilização do recurso da assessoriedade administrativa, a dificultar ainda mais a compreensão da ilicitude da conduta pelo destinatário da norma penal no momento em que ela é praticada. De acordo com análise feita por Olivaldi Alves Borges de Azevedo e Alexandre Augusto Costa, dos 59 tipos penais da Lei 9.605/1998, 45, isto é, 76,3%, são normas penais em branco, que dependem de alguma regulamentação infralegal para a sua complementação (2019).

Assim, analisar a relevância jurídico-penal da conduta fora do fato em si[78] permitiria a responsabilização penal do indivíduo pelo grau de poluição já existente no local, pela ação de todas as demais pessoas que contribuíram para a deterioração do meio ambiente. Por isso, a tarefa de adequação do comportamento ao contexto de sua prática deve ser realizada pelas normas ou atos administrativos, que são mais aptos a amoldar-se à realidade em constante modificação da seara ambiental. E dessas informações, extrai-se a relação de complementaridade do Direito Administrativo, que auxilia na indicação da periculosidade da conduta ao meio ambiente.

Por esses motivos, os elementos a serem considerados quando da verificação da ofensa penalmente relevante ao meio ambiente, além da hierarquização do bem jurídico, são a conduta em si, os seus efeitos e o grau de distanciamento destes em relação ao bem jurídico, especificamente no que toca ao referente individual, que indicará os limites mínimos de intervenção penal.

5. Ofensividade e intervenção penal mínima

A exigência de uma ofensa relevante ao bem jurídico está intimamente ligada à ideia de intervenção mínima, justamente por auxiliar a responder à pergunta de quando se deve considerar necessária a intervenção penal. Em realidade, afirmar que o Direito Penal em um Estado Democrático de Direito está limitado à proteção de bens jurídico-penais em face de ofensas jurídico-penalmente relevantes implica aceitar o seu papel subsidiário no sistema de gestão de riscos[79].

Portanto, uma interpretação conjunta da ofensividade e do princípio da intervenção penal mínima possibilita afastar a utilização política e retórica do princípio da ofensividade como critério positivo interpretativo universalmente aceito para justificar incriminações sem bens jurídicos, bem como excluir do âmbito de atuação penal legítima na esfera ambiental os casos em que se pugna a necessidade de incriminação de uma conduta baseada exclusivamente na relevância do bem jurídico meio ambiente – sem ofensa.

A intervenção mínima auxilia na graduação da ofensa penalmente relevante, limitando a antecipação da tutela penal de acordo com a necessidade, e também quando se manifesta no princípio da insignificância, ao deslegitimar a atuação penal nos casos em que, ainda que haja resultado naturalístico, não há desvalor normativo de resultado ao não afetar expectativas de convivência nem atrapalhar o funcionamento do modelo democrático[80]. Contribui, dessa forma, para delinear a ofensa mínima necessária para justificar a intervenção penal e enriquece a discussão referente aos crimes de acumulação, pois o juízo de fragmentariedade permite aferir se a conduta incriminada representa ou não um ataque violento ao bem jurídico e se o risco criado pode ou não ser tolerado pela sociedade[81].

78. BECHARA, 2010.
79. BOTTINI, 2013, p. 157.
80. BOTTINI, 2012, p. 123.
81. BOTTINI, 2013, p. 160.

Por fim, convém mencionar a contribuição da intervenção mínima na discussão acerca das finalidades da pena. Tendo em vista que a aplicação de uma sanção penal deve ser necessária e adequada para se alcançar o fim proposto, não seria admissível um Direito Penal ambiental com caráter puramente preventivo e simbólico.

6. Considerações finais

Apesar de o princípio da ofensividade encontrar alguns obstáculos em sua aplicação, especialmente de natureza política e ideológica, na contenção da discricionariedade da vontade do legislador[82] e na manipulação retórica do julgador para legitimar incriminações, entende-se que, se delimitado a uma perspectiva realista, possui capacidade de rendimento para limitar o âmbito de intervenção penal legítimo na esfera ambiental.

A exigência da ofensividade ao bem jurídico-penal é essencial para conferir algum conteúdo material à norma proibitiva, pois esta, nas palavras de Juarez Tavares,

> "é desindividualizada e descomprometida tanto com o real empírico (o dano) quanto com o real projetado (o perigo concreto) ou o real imaginário (o perigo abstrato); seu único compromisso é com seu próprio enunciado, proibitivo ou determinativo, animado pela crença no mito, que precisa conservar."[83]

Assim, tanto a criação de uma incriminação, quanto a sua aplicação, deve ser submetida a um juízo de ofensividade, sob pena de restringir-se a um excessivo formalismo, que contempla um Direito Penal do comportamento, baseado nos medos sociais e no princípio da precaução[84]. Mesmo que se declare estar protegendo o meio ambiente, ao renunciar o princípio da ofensividade, estar-se-ia renunciando ao próprio Estado Democrático de Direito e permitindo a punição da mera vontade ou da periculosidade, resultando, assim, no retrocesso da intervenção penal ao período pré-iluminista[85].

---

82. "Indubbiamente, alla base di questa larga 'ineffettività' del principio sta la difficoltà politica e ancor prima ideologica di contenere la discrezionalità della volontà legislativa sul piano per l'appunto delle scelte contenutistiche, in un clima che è ancora di imperante positivismo giuridico. Ma a spiegarne il modesto successo pratico non mancano probabilmente altre ragioni, per così dire 'interne' alla stessa struttura concettuale del principio di offensività, il quale in effetti è meno dotato di quel rigore applicativo di quanto appare in teoria. Il che però non esclude che il principio di offensività debba continuare ad essere considerato quantomeno un criterio orientativo della politica criminale, se non proprio un rigido parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legislazione penale" (PALAZZO, 2005, p. 74).
83. TAVARES, 2011, p. 168.
84. Nesse sentido, Hassemer expõe sua preocupação esperançosa sobre os novos contornos do Direito Penal: "Não consigo imaginar que a compreensão das sociedades ocidentais vai poder admitir intervenções na liberdade, propriedade e honra, assim como intervenções penais cuja justificativa se esgotará em adequação normativa. Não consigo imaginar que um Direito Penal, que atua absolutamente e, portanto, livre da obrigação de melhorar o mundo, disfuncional e majestosamente pisando nos direitos constitucionais das pessoas, poderá impor-se" (2014, p. 32).
85. BECHARA, 2010, cit.

Para que não haja distorções na realização do princípio da ofensividade, este deve ser entendido como critério negativo de deslegitimação, para que consiga operar como garantia limitadora do *potestas puniendi* estatal – e nunca como fundamento de uma incriminação, uma vez que a ofensa penalmente relevante, por si só, não justifica a intervenção penal[86].

Reconhece-se o papel fundamental da ofensividade na limitação da intervenção penal, porém, de modo não ilusório, ou seja, que não tem a capacidade de excluir todas as manifestações ilegítimas do Direito Penal. Na realidade, é mais um critério – de singular relevância – que se complementa aos demais para delimitar o âmbito de intervenção legítima.

Nesse sentido, Manes propõe a leitura do princípio da ofensividade sob uma perspectiva defensiva e conservadora, como um dos critérios de razoabilidade da intervenção penal. Aduz que a ofensividade pode operar como meio de assegurar, ainda que indiretamente, o tratamento igualitário na aplicação da lei penal aos casos concretos[87], bem como circunscrever o perímetro de relevância penal em um núcleo mais definido de ofensa relevante, permitindo maior equilíbrio em termos de razoabilidade-proporção. Seguindo o raciocínio do autor, no âmbito da política criminal, a ofensividade exige uma proporcionalidade entre a conduta a ser incriminada e a sanção a ser aplicada; já no âmbito da norma deôntica, exige-se uma proporcionalidade entre a ofensa ao bem jurídico de valor constitucionalmente reconhecido e o grau de invasão direta na esfera do destinatário da norma por meio da imposição de uma pena, como critério fundamental primeiro de legitimidade, posteriormente complementado pelos princípios da subsidiariedade (necessidade), efetividade (idoneidade) e proporcionalidade da tutela.

Portanto, além da exigência de ofensa penalmente relevante a um bem jurídico, outros critérios fundamentais de legitimidade devem ser considerados, como a desproporção da ofensa em relação as sanções previstas ao tipo, a possibilidade de uma melhor proteção com instrumentos não penais, a idoneidade da pena para lograr uma tutela eficaz, entre outros[88]. Assim, mostra-se essencial a relação de complementaridade de outros princípios, como da intervenção mínima[89] e da proporcionalidade[90].

---

86. Nas palavras de Ferrajoli, "a lesão de um bem deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como delito" (2006, p. 378).

87. Manes afirma que a ofensividade é capaz de identificar o coeficiente de determinação da norma incriminadora. Se o elemento descritivo do bem jurídico e o conteúdo lesivo são imprecisos, resta prejudicada a capacidade comunicativa do preceito, afetando também a uniformidade da aplicação das normas penais aos casos concretos. Na visão do autor, será mais uniforme o tratamento jurídico dado ao caso quanto maior o grau de determinação do delito. Nesse sentido, a ofensividade torna-se indiretamente o meio apto a conferir à norma um equilíbrio em termos de razoabilidade-igualdade substancial, permitindo dar tratamento diverso a diferentes graus de ofensividade (2005, p. 239-241).

88. FERRAJOLI, 2006, p. 377. Sobre o tema, Manes cita o "criteri di idoneità, adeguatezza e di proporzionalità, ovvero dal criterio del 'ragionevole bilanciamento' di interessi costituzionali" (MANES 2005, p. 280).

89. Sobre o tema, Bechara expõe que "tampouco o princípio da ofensividade constitui o único limite material a legitimar o Estado a criminalizar determinadas situações. Assim, nem toda afetação de um bem jurídico pode ser criminalizada, sendo de se verificar a utilidade e a imprescindibilidade da tutela penal, em atendimento ao princípio da intervenção penal mínima. Assim, a imposição da

Na esfera ambiental, é imprescindível que os princípios orientadores do Direito Penal se mantenham hígidos e sejam respeitados, especialmente quando acontecem grandes catástrofes, como no recente episódio ocorrido em Minas Gerais com o rompimento das barragens de resíduos de minérios. Diante de situações extremas como estas, em que o dano causado é evidente, ainda que incerto o contorno preciso de consequências geradas ao longo do tempo, há o incremento no sentimento de medo e insegurança social em relação às condições de vida das gerações atuais e futuras.

Com isso, observa-se o aumento e o fortalecimento de concepções punitivistas, que buscam alguma forma de justiça na ideia ancestral de vingança e demandam uma atuação estatal no sentido de aumentar a intimidação orientada à prevenção de condutas lesivas ao meio ambiente pela imposição de uma sanção penal, sob a crença de que a criminalidade somente pode ser contida dessa forma.

Nessa perspectiva, reduz-se o direito fundamental à liberdade a um mínimo, em prol da eficiência do poder repressivo do Estado de Direito[91], para desincentivar a prática de delitos por meio de uma política de tolerância zero[92], que prega a incriminação de condutas independentemente do grau de ofensividade[93]. Os direitos e as garantias individuais são suprimidos, criando delitos puramente simbólicos, que evidenciam um conteúdo ideológico baseado em discursos ecologistas, na defesa do meio ambiente, que embora seja um interesse positivamente valorado sob uma concepção ético-moral, manifesta-se como característico de um Estado autoritário.

Não se contesta a gravidade dos acontecimentos, nem se pretende negar a sua relevância; ao contrário, acredita-se que há necessidade de resposta jurídica ao ocorrido. Todavia, essa reação não deve ter como objetivo tão somente acalmar a opinião pública. Por mais imprescindível que seja o meio ambiente à vida humana ou assustadoras as consequências de uma potencial lesão, esses receios, em observância à dimensão substancial da democracia,

---

pena deixa de ser necessária quando a proteção do bem jurídico possa se dar por meio de outros instrumentos de controle social, preferíveis em razão de serem menos prejudiciais aos direitos individuais do agente" (2014, p. 366).

90. Para que uma intervenção penal seja legítima, exige-se uma proporcionalidade entre o sacrifício da liberdade pessoal (sanção penal) e o valor do bem jurídico objeto de tutela, com vistas ao cumprimento da finalidade perseguida pelo Direito Penal. Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o Direito Penal "não deve ser utilizado como mero instrumento de poder; há de estar sempre, ao contrário, a serviço dos valores comunitários e individuais. Significa, ainda, que deve ser guardada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana" (2003, p. 37).

91. DONNA, 2003, p. 610.

92. TAVARES, 2011, p. 168-169.

93. A não observância dos preceitos fundamentais do Direito Penal, como a *ultima ratio*, a proporcionalidade e a ofensividade levam a um potencial fator de desigualdade. Berdugo Gómez de la Torre cita como exemplo, "ante un hipotético tipo penal que proteja el medio ambiente frente a cualquier ataque es más fácil la prueba del comportamiento que afecta levemente al mismo, el que lava el coche en un río protegido, que el gran ataque, la industria que contamina el río debido a un posible inclumplimiento de las condiciones en las que la Administración le concedió la autorización" (2012, p. 212).

não podem suplantar os direitos fundamentais, que são universais, indisponíveis e inalienáveis, não estando sujeitos a nenhuma exigência da maioria política[94].

O Estado Democrático de Direito pode utilizar esses acontecimentos como instrumento de conscientização ambiental – fora da esfera criminal. O Direito Penal, por sua vez, deve direcionar essa indignação popular, que demanda uma resposta estatal, no sentido de buscar soluções aos problemas basilares de imputação que afligem o Direito Penal ambiental, direta ou indiretamente, como o efetivo controle ambiental no âmbito administrativo, tanto da legalidade dos atos administrativos quanto da atividade de fiscalização, a verificação da causalidade[95], a responsabilização penal das pessoas jurídicas, entre outros.

Com essas respostas, reduzir-se-iam as hipóteses em que o Direito Administrativo se mostra ineficaz, bem como a necessidade de reforçar uma norma administrativa por meio de uma incriminação simbólica. Dessa forma, reduz-se o escopo de atuação do Direito Penal ambiental mais fielmente aos casos de *ultima ratio*, sendo possível delimitar verdadeiramente o conteúdo da ofensa penalmente relevante ao meio ambiente.

7. Referências bibliográficas

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, p. 143-174, jan.-dez. 2001.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges; COSTA, Alexandre Augusto. A fragilidade da tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado em face da defectibilidade dos tipos penais ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 95, p. 105-128, jul.-set. 2019.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 208, v. 17, mar. 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*. Madrid, Iustel, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. Derecho Penal y Constitución. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio de Derecho Penal*. Introducción al Derecho Penal. Madrid: Iustel, 2010. t. I.

94. FERRAJOLI, 2004, p. 51-52.

95. A insuficiência de delitos de lesão e o fator de que um ato se soma ao outro dificultam toda possível prova da relação de causalidade entre um ato individual determinado e o dano ou perigo realmente causado (MATA BARRANCO, 1996, p. 24). Por exemplo, é mais difícil o estabelecimento da relação de causalidade com a adoção da perspectiva antropocêntrica; essa, porém, é a única resposta que se mostra compatível com a dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito. O que se pretende é uma verdadeira delimitação legítima do âmbito de atuação penal, e não a legitimação de uma demanda ou prática existente.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 117-148, set.-out. 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato.* 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no Direito Penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 17, n. 80, p. 7-34, set.-out. 2009.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 303-345, jul.-set. 2003.

DONNA, Edgardo Alberto. ¿Es posible el Derecho Penal liberal? *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p. 599-623, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre la "administrativización" del Derecho Penal en la "sociedad del riesgo". In: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Derecho y justicia penal en el siglo XXI*. *Liber amicorum* en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García. Madrid: Editorial Colex, 2006.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law*: harm to others. New York: Oxford University Press, 1989. v. 1.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n. esp., p. 1123-1138, 2003.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. A contravenção do artigo 32 da Lei das contravenções penais é de perigo abstrato ou concreto?: a questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 69-84, out.-dez. 1994.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal. *Revista del Poder Judicial,* Madrid, n. 28, p. 7-36, dez. 1992.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p.89-147, jul.-ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 54-66, 2003.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: Baigún, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal*: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Defesa contra o perigo pelo Direito Penal: uma resposta para as atuais necessidades de segurança? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 12, n. 55, p. 29-42, out.-dez. 2014.

HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 04-14, jul. 2002. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf]. Acesso em: 26.04.2023.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Imputación objetiva y principio de lesividad. In: CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo et al. (Ed.). *El Nuevo Código Penal*: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999.

JESUS, Damásio de. *Crimes de trânsito*: anotações à parte criminal do código de trânsito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Elementos fundamentales del Derecho Penal medioambiental alemán. *Revista de Ciencias Penales*, v. 1, n. 2., sem. 2, 1998.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior.* Rio de Janeiro: G/Z, 2014.

MALHEIRO, Emerson Penha. A segurança e o Direito Criminal Ambiental em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 89, p. 35-56, 2018.

MANES, Vittorio. El principio de ofensividad, entre codificación y previsión constitucional. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal,* Navarra, p. 99-113, n. 9, 2003.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel Diritto Penale*. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANES, Vittorio. I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza. *Diritto Penale contemporaneo*, n. 1, p. 99-110, 2012.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nel codice penale peruviano. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, 7/8, n. 12, p. 79-99, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa.* Parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

MARTINS-COSTA, Antônio Goya de Almeida. Antecipação da tutela penal e ofensividade: o espaço legítimo de criminalização à luz da ofensa ao bem jurídico. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 13, n. 58, p. 181-208, jul.-set. 2015.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa.* Tratamiento penal de comportamentos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

MATA BARRANCO, Norberto J. de la. El ambiente como objeto de tutela penal específico. In: MIR PUIG, Santiago; MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; GALLEGO SOLER, José-Ignacio; BELLO RENGIFO, Carlos Simón. *Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro.* Granada: Editorial Comares, 1997.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificacion*. Madrid: Mostoles, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2011.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal.* Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch, 1997.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 95-99, 2004.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Corso di Diritto Penale*: parte generale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. Responsabilidad penal y "nuevos riesgos": el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad penal,* n. 10/3 – 9, mar. 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*: lineamentos para um Direito Penal mínimo. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no Direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, p. 69-108, jan. 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Uma posição sobre os tipos penais cumulativos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos! *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 3, n. 53, mar.-abr. 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporâneo.* 2. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: BdeF, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo.* São Paulo: Ed. RT, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TAVARES, Juarez. Mito e ideologia: objetos não manifestos no sistema penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Direito e psicanálise*: interseções e interlocuções a partir de O Senhor das Moscas de Willian Golding. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de Derecho*: ensayos de Derecho Penal. Lima: ARA Editores, 2010.

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- A legalidade à luz do garantismo penal nos crimes ambientais: análise dos critérios limitadores na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de Érica Montenegro Alves Barroso – *RBCCrim* 172/263-292.

O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação

The principle of insignificance and the crimes against public administration: a dogmatic proposal for its expansion and application

Beatriz Daguer

Doutoranda em Direito (UFPR). Mestre em Direito Penal (UERJ). Especialista em Direito Penal e Processo Penal Econômico (PUCPR). Especialista em Teoria Jurídica do Delito (USAL/ES). Professora de Direito Penal da Faculdade Paranaense (FACCAR). Advogada criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4428577232570781].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-3754-2412].
beatrizdaguer.adv@gmail.com

Davi de Paiva Costa Tangerino

Doutor em Direito Penal e Criminologia (USP). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo (FGV). Advogado criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7136590305836808].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-8054-2648].
davi.tangerino@gmail.com

Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi

Doutoranda em Educação (UEL). Mestre em Direito Penal (USP). Professora de Direito Penal e Processo Penal (PUCPR). Advogada criminalista.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4849314590101481].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-9826-5458].
talita@talitafidelis.com.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515900].

Recebido em: 03.09.2023
Aprovado em: 14.11.2023
Última versão dos autores: 14.11.2023

Daguer, Beatriz; Tangerino, Davi de Paiva Costa; Biagi, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 81-106. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515900].

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente artigo tem por objetivo formular análise a respeito da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância na esfera dos crimes praticados contra a administração pública previstos no Código Penal brasileiro. Os Tribunais superiores – notadamente após a edição da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça – passaram a rechaçar tal possibilidade, sob o argumento de que, em se tratando de tutela da moralidade administrativa, qualquer ato praticado que se enquadre aos delitos previstos não pode ser objeto de reconhecimento da irrelevância penal e, portanto, é afastada a insignificância, mesmo quando irrelevante ou inexistente o dano. Nesse contexto, o objetivo é demonstrar a necessidade de se repensar o posicionamento adotado, para enfrentar a questão e superar o entendimento sumular e jurisprudencial, inclusive em ações de improbidade administrativa. Para tanto, valendo-se da dogmática penal e da construção da aplicação do princípio da insignificância no Direito interno, formular-se-á uma proposta para a ampliação de seu espectro frente aos tipos penais previstos na legislação que se enquadram neste estudo a partir de uma proposta de conferir racionalidade às decisões judiciais.

Palavras-chave: Princípio da insignificância – Administração pública – Código Penal – Tribunais superiores.

Abstract: This article aims to formulate an analysis regarding the possibility of applying the insignificance principle for the crimes committed against the public administration set forth in the Brazilian Criminal Code. The Superior Courts – notably after the edition of precedent 599 – started to reject such a possibility, on the grounds that, given the principle of administrative morality, any act performed that fits the foreseen crimes cannot be the object of recognition of irrelevance even when the damage is irrelevant or non-existent. Hence the objective is to demonstrate the need to rethink the position adopted, to face the issue and overcome the summary and jurisprudential understanding, including in lawsuits for administrative improbity. For this purpose, taking advantage of the criminal theory and the construction of the application of the insignificance principle in our legal order, some possibilities will be proposed for the expansion of its spectrum in relation to the criminal offenses set forth in the legislation that fall under this study in order to enhance the rationality of judicial decisions.

Keywords: Insignificance principle – Public administration – Penal Code – Superior courts.

Sumário: 1. Introdução. 2. A construção dogmática do princípio da insignificância. 3. A evolução da jurisprudência e os requisitos criados para caracterização da insignificância. 4. Uma proposta de aplicação da insignificância aos crimes contra a administração pública e a superação do atual entendimento. 4.1. A insignificância no âmbito da improbidade administrativa. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. Introdução

O princípio da insignificância – ou da bagatela – tem o potencial de excluir ou afastar a tipicidade penal, examinada em sua perspectiva material, quando houver ausência de

Daguer, Beatriz; Tangerino, Davi de Paiva Costa; Biagi, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 81-106. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515900].

lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, requerendo assim uma lesão expressiva para justificar a incidência do Direito Penal.

Desse modo, a insignificância afasta a tipicidade material do delito, ante a inexistência de lesividade ao bem jurídico tutelado, retirando a possibilidade de intervenção penal por parte do Estado, a qual deve incidir tão somente quando houver grave ofensa ao círculo social. Esse instituto tem o condão de fornecer interpretação restritiva ao tipo penal.

Por sua vez, os crimes contra a administração pública estão previstos no Capítulo I, do Título XI, do Código Penal, e compreendem os arts. 312 ao 327, tipificando as condutas praticadas por funcionários públicos contra a administração em geral. No ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 599, impedindo a aplicação do princípio da insignificância no tocante aos referidos delitos.

Em síntese, independentemente de qual seja o resultado da conduta praticada, não se admite a incidência do princípio bagatelar – salvo raríssimas exceções – sob o argumento de que a moralidade administrativa legitima a imprescindibilidade de intervenção e repressão penal.

Ao longo dos anos, a partir do precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 84.412/SP, os Tribunais superiores sedimentaram a necessidade da presença de quatro requisitos para o reconhecimento da atipicidade da conduta, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau da reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ainda que louvável a tentativa de estabelecer tais critérios, não se mostram suficientes para gerar uma interpretação justa e objetiva, além de haver grande dificuldade de aceitação dos precedentes por parte dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais de segunda instância.

Atualmente, o tema é muito discutido na doutrina e na jurisprudência, notadamente por conta da amplitude interpretativa dos requisitos, bem como pela ausência de padrões objetivos para a utilização do princípio, sem contar os diversos crimes em que não se admite a hipótese de sua aplicação, gerando os mais diversos debates – desde afetação ao bem jurídico até reincidência, maus antecedentes, reduzido grau de reprovabilidade da conduta, ausência de periculosidade social, entre outros aspectos.

Dessa forma, faz-se necessário examinar a evolução dogmática do princípio da insignificância no Brasil, bem como o entendimento jurisprudencial atual e suas balizas, propondo a sua utilização no âmbito dos crimes contra a administração pública, tendo em vista a discordância por sua atual inadmissibilidade, especialmente por conta da edição da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, por meio de metodologia hipotético-dedutiva, valendo-se de ampla pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á demonstrar ser dogmaticamente possível a aplicação da insignificância naqueles delitos praticados contra a administração pública, quando a lesão ao bem jurídico tutelado se mostrar ínfima a ponto de não causar qualquer repercussão no seio social. Propõe-se a formulação de novo entendimento a ser sedimentado pelos Tribunais, para que se alcance a necessária proporcionalidade na aplicação do instituto, expandindo-se o rol de ilícitos por ele abrangidos.

Daguer, Beatriz; Tangerino, Davi de Paiva Costa; Biagi, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 81-106. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515900].

2. A construção dogmática do princípio da insignificância

O Direito Penal é o ramo do Direito em que a violação de uma norma impõe, entre outras, a sanção mais severa existente, a privação da liberdade. Por possuir esta característica sancionatória de natureza grave, a lei penal precisa obedecer a alguns critérios principiológicos para sua criação e posterior aplicação pelo julgador, sempre vinculada a *ultima ratio* da esfera penal, repudiando qualquer tentativa de tornar a seara penal um instrumento simbólico de controle social.

A dogmática penal possui papel fundamental na construção e na aplicação da lei penal. Contudo, com o passar dos anos, estudos demonstraram a importância também da política criminal nos sistemas de direito penal, em especial aqueles desenvolvidos por Claus Roxin[1].

A análise do tipo penal, da antijuridicidade, da culpabilidade, na perspectiva da política criminal proposta por Roxin, busca valorar a legislação a partir dos fins a que ela se pretende. E quando se analisa o fim da lei penal – a função do Direito Penal – surge a discussão relativa à concepção do bem jurídico.

Zaffaroni ressalta que "o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, dando o verdadeiro sentido teleológico (de telos, fim) à lei penal"[2]. Pode-se dizer que o bem jurídico tem a função de garantir – especialmente em um Estado Democrático de Direito – que nenhuma norma poderá proibir alguma conduta de maneira arbitrária, sem qualquer proteção de lesão a um bem jurídico essencial. Portanto, possui o bem jurídico uma função garantidora e uma "função teleológica-sistemática, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita[3].

A aplicação do Direito Penal deve partir sempre da sua função de assegurar aos cidadãos uma convivência e existência livre, pacífica e segura, quando isso não puder ser garantido por outros meios de controle que afetem com menor gravidade a liberdade. Roxin denomina todos esses objetivos legítimos de proteção das normas jurídico-penais de bens jurídicos[4].

Assim, define os bens jurídicos como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade e para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos."[5]

Todavia, atrelada à necessidade de proteção de bens jurídicos, as normas penais não podem se preocupar com a tutela de todo e qualquer bem jurídico, sendo imperioso o respeito a, já mencionada, *ultima ratio* do Direito Penal.

---

1. ROXIN, Claus. *Politica criminal y sistema del derecho penal.* 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
2. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1. p. 402.
3. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1. p. 406.
4. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 18.
5. Ibidem, p. 19.

A problemática envolvendo o bem jurídico e o delito sempre esteve presente na doutrina, e passa por uma crise contemporânea em razão da constatação nas legislações de tipos penais sem bem jurídico aparente e por críticas a falta de substrato democrático em sua construção, mas possui importante papel na interpretação das leis penais[6].

O destaque ao papel do bem jurídico na interpretação das leis penais traz o debate acerca da aplicação do princípio da insignificância enquanto causa de exclusão do injusto penal. Em linhas gerais, a doutrina pauta-se no sentido de que a insignificância é uma questão referente ao grau de afetação do bem jurídico tutelado e, por consequência, atrelada à tipicidade no âmbito da teoria do delito.

Luiz Flávio Gomes atrela o trabalho de Roxin, em 1964, como o reconhecimento da insignificância como causa de exclusão da tipicidade penal[7], afirmando que:

> "a consequência natural da aplicação do critério da insignificância (como critério de interpretação restritiva dos tipos penais ou mesmo como causa de exclusão da tipicidade material) consiste na exclusão da responsabilidade penal dos fatos ofensivos de pouca importância ou de ínfima lesividade."[8]

Apesar de convencionalmente ser chamado de princípio da insignificância, Juarez Tavares destaca que, na verdade, "constitui uma forma de interpretação da norma proibitiva que visa a excluir do âmbito da tipicidade, mais precisamente, do processo de imputação, aquelas condutas que produzam resultados inestimáveis para a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico."[9]

O princípio da insignificância possui importante papel na aplicação das leis penais, "como um mecanismo de interpretação restritiva dos tipos de penas, corrigindo a irracionalidade e excessiva abrangência do processo de criminalização secundária"[10].

Sua ideia central é a de reconhecer a ausência de lesividade suficiente em determinadas condutas que justifique a constrição dos direitos fundamentais daquele que cometeu o delito[11]. Nesse sentido, o requisito da ofensividade ensina que a insignificância deve ser aplicada aos fatos em que a conduta é ilícita, à primeira vista, no entanto, a partir do juízo de

6. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, set.-out. 2012. p. 121.
7. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 55.
8. GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 56.
9. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 228.
10. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 106.
11. COELHO, Nuno; IZÁ, Adriana de Oliveira. A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa. *RIL Brasília*, a. 57, n. 226, abr.-jun. 2020. p. 190.

ponderação, não existe ofensa ao bem jurídico tutelado que seja capaz de justificar a imposição da punição legal[12].

É devido o respeito à origem histórica do princípio da insignificância – funcionalismo teleológico de Claus Roxin – e a análise dos parâmetros para sua aplicação que deve partir da proteção de bens jurídicos e da teoria da imputação objetiva.

Na análise da tipicidade penal, a teoria do bem jurídico está atrelada ao desvalor do resultado. O desvalor da ação não perdeu seu papel na construção da tipicidade, mas deve estar atrelado ao desvalor do resultado, em que se encontra a base do princípio da insignificância. Conforme destaca Bottini e outros:

> "ainda que exista resultado no sentido naturalístico – consubstanciado na lesão concreta ao bem jurídico – não existe desvalor normativo de resultado, seja sob ótica da proporcionalidade, seja porque a irrelevância da lesão não afeta expectativas de convivência nem atrapalha o funcionamento do modelo democrático de direito."[13]

Contudo, o injusto penal não se concretiza apenas com o desvalor da ação e o desvalor do resultado. Somado a estes, Roxin acrescenta a realização de um risco não permitido, considerando a categoria central do injusto penal[14].

O funcionamento da sociedade é determinado pelo nível de tolerância ao risco e um resultado só pode ser imputado a uma conduta por meio de um critério de risco: a conduta é relevante para o Direito Penal sempre que criar um risco não permitido de produção do resultado.

Dessa forma, a análise da aplicação do princípio da insignificância como excludente da tipicidade deve partir da função subsidiária de proteção de bens jurídicos, com ênfase ao desvalor do resultado na estrutura típica, atrelado à realização de um risco não permitido ao bem jurídico tutelado.

A dificuldade de aplicação do princípio da insignificância na realidade brasileira deve-se à ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, e há um grande problema em se obedecer aos parâmetros dogmáticos desenvolvidos pela doutrina. De um lado, o judiciário entende que a inexistência de previsão legal do princípio impede a exclusão da tipicidade da conduta, de outro, cria parâmetros fundados em culpabilidade, periculosidade, elementos alheios à tipicidade penal e extremamente amplos, o que gera uma aplicação desvirtuada do princípio.

Juarez Tavares reconhece que essa ausência de norma positiva fez com que o Supremo Tribunal Federal criasse os pressupostos jurisprudências para a aplicação do princípio em casos concretos, sendo eles: "a mínima ofensividade da conduta, a ausência de

12. Ibidem, p. 190-191.

13. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, set.-out. 2012. p. 119.

14. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 41.

periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada".

De plano, é possível verificar que desses pressupostos a mínima ofensividade da conduta e a inexpressividade da lesão jurídica provocada estão associadas à imputação objetiva, enquanto os outros à culpabilidade e à periculosidade. Ou seja, a Suprema Corte traz exigências para aplicação do princípio, as quais estão mais ligadas à falta de interesse na persecução penal do que ao injusto penal propriamente dito[15], o que será abordado adiante.

A limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal para aplicação do princípio da insignificância, com critérios jurisprudenciais dissociados do injusto, permite em outros casos a criação de novas limitações jurisprudenciais, como a reincidência do acusado, a espécie de bem jurídico tutelado, a circunstância do delito, entre outros.

Por isso, atrelar a aplicação do princípio da insignificância à teoria do bem jurídico e aos critérios de imputação objetiva apresenta-se como fundamental para oferecer segurança jurídica e para estabelecer parâmetros claros e razoáveis a partir da necessária observância aos princípios do Direito Penal.

Inclusive, a Corte Constitucional italiana já decidiu nesse sentido quando analisou a possibilidade de incorporar todas as normas penais daquele ordenamento jurídico ao princípio da insignificância, analisando este como um meio de interpretação das leis penais, de modo que deve o juiz, em qualquer caso, "reconstruir hermeneuticamente os tipos penais para verificar se, efetivamente, houve ou não violação ao bem jurídico (Sentença 172, 2014)"[16].

Os parâmetros da jurisprudência brasileira limitam sobremaneira a aplicação do princípio da insignificância, o que acaba confirmando condenações por condutas desprovidas de qualquer ofensividade ao bem jurídico tutelado. Ainda que exista um resultado naturalístico em algumas condutas (subtração do bem, desvio do bem público etc.) inexiste desvalor normativo de resultado, não havendo criação de risco ao bem jurídico tutelado, mostrando-se necessária uma reanálise para adequação aos preceitos de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, é imperioso, desde logo, retirar da análise da aplicação do princípio da insignificância qualquer elemento, pressuposto, parâmetro, que não estejam diretamente relacionados à função do Direito Penal de tutela de bens jurídicos em *ultima ratio*, tornando-o verdadeiro princípio interpretativo da norma penal.

3. A evolução da jurisprudência e os requisitos criados para caracterização da insignificância

As primeiras decisões prolatadas no âmbito do Poder Judiciário se deram no final da década de 1980 e início da década de 1990. Contudo, até então, a análise de aplicação da

15. De acordo com Juarez Tavares, esses parâmetros foram criados em sede de HC 84.412/SP de Relatoria do Min. Celso de Mello, em 19.11.2004. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 230.

16. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 233.

insignificância era feita de forma livre, dependendo da opinião de cada julgador, baseado em suas convicções íntimas e pessoais, inexistindo qualquer critério acerca do que estaria ou não abarcado[17].

Como dito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal vislumbrou a necessidade de se estipular parâmetros mínimos a serem utilizados na aplicação do princípio, destacando-se o acórdão do *Habeas Corpus* 84.412/SP[18], sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o qual fixou quatro requisitos que devem ser observados pela jurisprudência, os quais foram previamente apresentados no capítulo anterior.

Tais critérios são utilizados até os dias de hoje e em muitas oportunidades é possível verificar sua utilização de forma desprovida de racionalidade jurídica, de modo que muitos Tribunais nem sequer aplicam o precedente estabelecido pelas Cortes superiores. Nesse aspecto, consoante dito em momento pretérito, tais critérios consistem na existência de haver: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau da reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Após analisada a construção dogmática do princípio, é possível verificar que a evolução jurisprudencial levou em conta critérios dotados de elevada subjetividade e amplitude,

17. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 134.

18. "Princípio da insignificância – Identificação dos vetores cuja presença legitima o reconhecimento desse postulado de política criminal – Conseqüente descaracterização da tipicidade penal em seu aspecto material – Delito de furto – Condenação imposta a jovem desempregado, com apenas 19 anos de idade – 'Res furtiva' no valor de R$ 25,00 (Equivalente a 9,61% do salário mínimo atualmente em vigor) – Doutrina – Considerações em torno da jurisprudência do STF – Pedido deferido. O princípio da insignificância qualifica-se como fator de descaracterização material da tipicidade penal. – O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O postulado da insignificância e a função do direito penal: 'De minimis, non curat praetor'. – O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social" (STF, HC 84.412 SP, rel. Min. Celso de Mello, Data de Julgamento 19.10.2004, 2ª T., Data de Publicação *DJ* 19.11.2004. PP-00037, Ement vol-02173-02, PP-00229 RT, v. 94, n. 834, 2005. p. 477-481 RTJ, Vol-00192-03, PP-00963).

relacionados a aspectos do crime, da pena e do acusado, distantes daqueles dogmaticamente construídos.

De acordo com Rafael Fagundes, os parâmetros estabelecidos pela Suprema Corte não são os melhores para se aferir a irrelevância penal de determinada conduta praticada[19], uma vez que o acórdão paradigma não definiu em que consistiria cada um dos vetores por ele elencados, limitando-se a tão somente enumerá-los e assim os demais Tribunais passaram a utilizá-lo sem qualquer racionalidade.

Tal afirmativa se dá porque "os critérios elencados pelo acórdão contêm expressões de elevada carga semântica ('mínima ofensividade', 'periculosidade social', 'grau de reprovabilidade do comportamento' etc.)", o que implica em uma indefinição e na admissão de múltiplas acepções de seu conteúdo, a depender do pensamento individual de quem avalia determinada circunstância.

Esses juízos podem ser considerados excessivamente indeterminados, pois o que é ou não reprovável, por exemplo, varia de acordo com as concepções éticas de cada pessoa[20]. Sob essa ótica, é possível verificar que, muito embora existam tais critérios, subsistem decisões judiciais paradoxais a partir da convicção pessoal de cada julgador ou de determinado órgão colegiado, o que gera uma grande inconsistência e desproporcionalidade.

Nesse sentido, é necessário consignar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm proferido decisões extremamente conflitantes e problemáticas desde que passaram a ser utilizados esses quatro "requisitos", inexistindo critérios objetivos e claros para a utilização da bagatela.

No tocante ao critério do "reduzidíssimo grau da reprovabilidade do comportamento", o Supremo Tribunal Federal – na mesma linha daquilo que era decidido pelo Superior Tribunal de Justiça – não admitia, até por volta do ano de 2015, a aplicação do princípio da insignificância quando o acusado era considerado reincidente, pois esta revelava reprovabilidade suficiente para afastar a aplicação do princípio[21].

19. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 137.

20. Ibidem, p. 150.

21. Ementa: "Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Ausência de prequestionamento da matéria constitucional. Reexame de fatos e provas. Súmula 279. Hipótese de concessão de habeas corpus de ofício. Inviabilidade. Furto. Incidência do princípio da insignificância. Reincidência comprovada. Ausência de prequestionamento. Questão não ventilada no acórdão recorrido e que não foi suscitada em embargos de declaração. Óbice previsto pelos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF. As razões recursais trazem questões constitucionais cuja análise implica reexame dos fatos e provas que fundamentaram as conclusões da decisão recorrida, o que é vedado pela Súmula 279 desta Corte. Reconhecida a reincidência, a reprovabilidade do comportamento do agente é significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância. Precedentes. Ausência dos requisitos para a concessão da ordem de habeas corpus de ofício. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI 600500 AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 24.05.2011, *DJe*-108, Divulg 06.06.2011, Public 07.06.2011, Ement vol-02538-02, PP-00258).

Já em agosto de 2015, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede do *Habeas Corpus* 123.533, firmou a tese de que "a reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância da conduta, à luz dos elementos do caso concreto". Cinco anos antes, a mesma Suprema Corte afirmava que com a reincidência a reprovabilidade do comportamento do agente era significativamente agravada, sendo suficiente para inviabilizar a incidência do princípio da insignificância.

A despeito da reiteração da conduta delitiva, Andreas Eisele e Rogerio Schietti Cruz ressaltam que há alteração da percepção social sobre essa situação, fator este que adquire gravidade diferenciada devido à configuração de um problema crônico, que não é tolerável nem suportável pelos padrões culturais que definem os limites do pacífico convívio social[22]. No entanto, defendem que não se pode, a partir da simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa avaliação da natureza dos atos pretéritos, erguer uma barreira automática à incidência da bagatela penal[23].

No tocante à reincidência ou maus antecedentes, enquanto eventual obstáculo na aplicação do princípio da insignificância, Juarez Tavares defende a análise sob um viés de criação ou aumento do risco de lesão ao bem jurídico, como forma de interpretação da norma, não havendo óbice à sua aplicação diante de casos que envolvam a reincidência ou habitualidade delitiva[24].

Conforme apresenta Gustavo de Carvalho Guadanhin, a problemática jurisprudencial do princípio da insignificância no Brasil pode ser dada em razão da aplicação jurisprudencial ser anterior ao desenvolvimento doutrinário sobre o tema, diferente do que ocorreu no país de origem do princípio, a Alemanha, o que pode ter levado em consideração outros fatores que não o "concreto exame do resultado jurídico, qual seja, o ínfimo grau de exposição a que foi submetido o bem jurídico tutelado"[25].

O autor ainda afirma que a correta fixação do princípio da insignificância atua tão somente sobre a avaliação do resultado jurídico, ligada exclusivamente à inexpressiva lesão ao bem jurídico tutelado, o que afasta qualquer discussão acerca de reincidência, maus antecedentes e conduta reiterada[26].

Para além da discussão dos crimes contra a administração pública, os Tribunais superiores também compreendem pela (in)aplicabilidade do princípio da insignificância em outras modalidades de ilícitos, como os crimes ambientais[27], roubo[28], tráfico de drogas,

22. CRUZ, Rogerio Schietti; EISELE, Andreas. *Insignificância penal*: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 207.
23. Ibidem, p. 280.
24. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 234.
25. GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O princípio da insignificância e a reiteração de conduta. *Boletim do IBCCRIM*, ano 29, n. 338, jan.-2021. p. 11.
26. Idem.
27. "Penal. Processual penal. Recurso especial. Crime ambiental. Pesca em período de defeso. Utilização de petrechos proibidos. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. I. Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que é possível a aplicação do denominado princípio bagatelar aos delitos

moeda falsa, violência doméstica contra a mulher, contrabando[29], descaminho[30], entre diversos outros, análise esta que é feita por Andreas Eisele e Rogerio Schietti Cruz[31] e aqui sintetizada.

Com relação ao delito de furto, os autores destacam que esse é o delito com maior divergência jurisprudencial, inexistindo linearidade na compreensão dos julgadores com relação a sua prática. Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que o valor do bem furtado não deve ultrapassar 10% do salário-mínimo nacional[32], sendo possível a rejeição da denúncia por atipicidade da conduta em casos de reincidência, quando a medida for recomendável dentro das circunstâncias concretas.

No que se refere aos crimes ambientais, previstos na Lei 9.605/1998, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal não costuma aplicar o princípio da insignificância, salvo nos casos em que, pela ínfima lesão causada, não seja recomendável o uso da esfera penal para recompor a ordem jurídica. Há precedentes em que houve a flexibilização, como na Ação Penal 439, em que o Tribunal Pleno absolveu sujeito acusado da prática do delito previsto no art. 40, § 1º, da Lei 9.605/1998, porque teria realizado pavimentação de pequeno trecho, em uma área de parque estadual, causando dano ambiental de pequena expressão, o qual poderia ser recuperado.

Já com relação à pesca clandestina, prevista no art. 34 da Lei 9.605/1998, geralmente entende-se pela não aplicação do princípio, como é o caso dos seguintes julgados: HC 143.477, HC 135.404, HC 150.147 AgR, REsp 1.685.927/RJ, RHC 41.172/SC, AgRg no AREsp 1.462.415/SC, ressalvadas algumas situações por parte das Cortes superiores – tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal –, como é o caso do HC 112.563/SC, REsp 1.743.980/MG e AgRg no HC 313.815/SP, os quais entenderam pela exclusão da tipicidade na imputação lançada contra os réus.

---

ambientais, quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado. II. Todavia, no caso dos autos, a decisão agravada está fundamentada em jurisprudência desta Corte, no sentido de que não é insignificante a conduta de pescar em local e época proibida, e com petrechos proibidos para pesca, ainda que não tenha sido apreendido qualquer peixe em poder do recorrente. Precedentes. III – 'Ademais, a captura é mero exaurimento da figura típica em questão, que se consuma com a simples utilização do petrecho não permitido. O dano causado pela pesca predatória não se resume, portanto, às espécies apreendidas'. (AgRg no AREsp 1172493/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 01/08/2018). Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1862960/TO, rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., j. 05.05.2020, *DJe* 18.05.2020).

28. (STJ, AgRg no AREsp 1.589.938-DF 2019/0288088-0, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 18.02.2020, 6ª T., Data de Publicação: *DJe* 27.02.2020).
29. Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.
30. Descaminho Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei 13.008, de 26.6.2014) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei 13.008, de 26.6.2014).
31. CRUZ, Rogerio Schietti; EISELE, Andreas. *Insignificância penal*: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 280.
32. (STJ, HC: 685.761-GO 2021/0252477-0, rel. Min. Ribeiro Dantas, Data de Publicação: *DJ* 19.08.2021).

Previstos nos arts. 334-A[33] e 334[34], quanto aos delitos de contrabando e descaminho, respectivamente, também há a compreensão preponderante pela impossibilidade da aplicação do princípio bagatelar, salvo algumas exceções, como é o caso do HC 135.170/SC, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que compreendeu pela atipicidade da conduta diante do valor do tributo, o que será mais bem examinado no terceiro item deste trabalho.

No que toca ao delito de moeda falsa, não há flexibilização do instituto, de modo que os Tribunais refutam de forma unânime o reconhecimento da insignificância, sempre sob o argumento da importância do bem jurídico tutelado pelo delito, quais sejam, a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro nacional[35].

Outrossim, os crimes praticados no âmbito de violência contra a mulher, segundo a jurisprudência, inviabilizam a aplicabilidade do instituto, haja vista a edição da Súmula 589 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe ser "inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas", sendo reafirmado pela Suprema Corte em algumas oportunidades que também não há possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, no mesmo sentido do que dispõe o art. 41, da Lei 11.340/2006[36].

No ano de 2021, foram reportadas diversas circunstâncias problemáticas relativas à aplicação do princípio da insignificância, uma vez que os juízes singulares e os Tribunais de

33. "Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrabando de gasolina. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Agravo regimental desprovido. 1. 'Cuidando-se, ao menos em tese, de delito de contrabando, não se apresenta necessário discutir o montante dos tributos iludidos com o ingresso da mercadoria em território nacional, na medida em que tal aferição é pertinente ao crime de descaminho.' (AgRg no AREsp 517.207/PR, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe 21/9/2016). 2. No caso, o agravante foi condenado por importar 500 litros de gasolina de procedência estrangeira (Venezuela). Nesse contexto, entende-se que a importação de gasolina se sujeita à prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Petróleo, sendo concedida apenas aos produtores ou importadores, de modo que sua introdução, por particulares, em território nacional, é conduta proibida, caracterizando o delito de contrabando. 3. Portanto, em se tratando de crime de contrabando, é inaplicável o princípio da insignificância. 4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 1.437.692/RR, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª T., j. 11.04.2019, *DJe* 25.04.2019).

34. "Descaminho – Tributo – Valor – Insignificância – Alcance. Descabe, em Direito, confundir institutos, vocábulos e expressões. O que previsto na Lei 10.522/2002 e em portaria do Ministério da Fazenda não alcança a persecução criminal a cargo do Ministério Público" (HC 135170, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., j. 26.06.2018, Processo Eletrônico *DJe*-191, Divulg 11.09.2018, Public 12.09.2018).

35. "Ementa habeas corpus. Crime de moeda falsa. Fé pública tutelada pela norma penal. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Consoante jurisprudência deste Tribunal, inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de moeda falsa, em que objeto de tutela da norma a fé pública e a credibilidade do sistema financeiro, não sendo determinante para a tipicidade o valor posto em circulação. Circunstâncias do caso que já levaram à imposição de penas restritivas de direito proporcionais ao crime" (HC 105.638, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 22.05.2012, Processo Eletrônico *DJe*-113, Divulg 11.06.2012, Public 12.06.2012); (AgRg no REsp 1.395.016/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 16.05.2017, *DJe* 24.05.2017).

36. Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

segunda instância deixaram de aplicar o instituto em situações fáticas em que evidentemente não há lesão ao bem jurídico e não são passíveis de intervenção penal. Exemplo foi o caso de furto no valor de R$ 4,00[37], que trouxe uma grande discussão pelos próprios Ministros do Superior Tribunal de Justiça[38], vindo à tona a importância de respeitar minimamente o precedente criado, ainda que tenhamos diversas orientações contrárias que preconizam a imposição do Direito Penal sob o argumento de banalização do instituto[39].

Diante dessa análise, verificou-se que não só em relação aos crimes contra a administração pública que ocorre a inaplicabilidade do princípio da bagatela. Plausível asseverar que tem-se a necessidade de se estabelecer novos parâmetros – objetivos – de aplicação do que deve ser desprezado pela seara penal e do que guarda relevância suficiente para ser seu objeto de tutela sem depender de subjetivismos. Contudo, como bem ponderado por Rafael Fagundes, "a diversidade e a complexidade do comportamento humano indicam que dificilmente a doutrina conseguiria conceber critérios objetivos que pudessem ser aplicados a toda a infinidade de casos em que a insignificância pode revelar-se na realidade dos fatos."[40]

Para além das conclusões até aqui formuladas, far-se-á a seguir uma análise específica com relação aos crimes contra a administração pública, os quais não contam com a aceitação dos Tribunais pela aplicação da insignificância, de modo a propor uma modificação no atual entendimento, rechaçando os argumentos invocados para conferir a negativa à aplicação do instituto.

4. Uma proposta de aplicação da insignificância aos crimes contra a administração pública e a superação do atual entendimento

Partindo do pressuposto de que qualquer bem jurídico (exceto a vida) pode ser alvo de lesões penalmente insignificantes, independentemente da sua importância *in abstracto*[41], mas sim de uma análise concreta à gravidade do ato praticado, passa-se à análise específica dos crimes contra a administração pública.

Inicialmente, cabe apontar o conceito de administração pública, que é entendido pelo conjunto de "atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções

37. (STJ, RHC 126.272-MG 2020/0099738-5, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 01.06.2021, 6ª T., Data de Publicação: *DJe* 15.06.2021).

38. BEZERRA, Ricardo Rodolfo Rios; FARIAS, Milena Lopes Vieira de. *Dois filés de frango: princípio da insignificância e o entendimento do STJ.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-jun-20/opiniao-principio-insignificancia-entendimento-stj]. Acesso em: 06.09.2021.

39. SILVA, César Dario Mariano da. *A banalização do princípio da insignificância.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-jun-30/cesar-dario-banalizacao-principio-insignificancia]. Acesso em: 06.09.2021.

40. PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 169.

41. Ibidem, p. 173.

do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos"[42].

O termo Administração Pública – ou Administração – são atividades do ente ou do órgão que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de Estado-administrador ou de governo em seu sentido estrito, excluindo atividades legislativas ou jurisdicionais[43].

No âmbito do Direito Penal, os crimes contra a administração pública objetivam a normalidade funcional, a probidade, a moralidade, a eficácia e a incolumidade. No Código Penal de 1940, foram divididos em três capítulos: crimes praticados por seus próprios integrantes (funcionários), crimes praticados por particular contra a Administração Pública e crimes contra a Administração da Justiça[44]. Pretende-se, por meio da tutela penal, definir o desenvolvimento normal, ordenado e legal dos órgãos do Estado, no âmbito dos três Poderes.

Nesse aspecto, existindo a criação dos requisitos para aplicação do princípio da insignificância, não raras vezes, havia insurgências no sentido de seu emprego no âmbito dos delitos contra a administração pública.

Objetivando conferir uma posição terminativa sobre o tema e dirimir as controvérsias existentes, em novembro de 2017, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 599, a qual dispõe que "o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública"[45], consolidando assim a impossibilidade de aceitação dessa tese e cuja vigência permanece até os dias de hoje.

A proposta de elaboração da súmula foi feita pelo Ministro Felix Fischer[46], que usou como referência para justificar a importância alguns dispositivos do Código Penal[47] e alguns acórdãos prolatados pela Corte[48], os quais majoritariamente tratavam do delito de peculato, esquecendo-se das normas de menor relevância.

Em que pese subsista o dogma da aplicação da súmula tanto nos Tribunais superiores quanto para as instâncias inferiores, entende-se que deve haver uma superação do

42. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 123.
43. Idem.
44. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos.* 14. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de direito penal. v. 5).p. 38-39.
45. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 599. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, j. 20.11.2017, *DJe* 27.11.2017.
46. STJ aprova súmula sobre insignificância em crimes contra a administração pública. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-nov-23/stj-aprova-sumula-insignificancia-crimes-governo]. Acesso em: 22.08.2021.
47. Arts. 171, § 3º, art. 312 e 359-D, todos do Código Penal. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/insignificancia-inaplicavel-aos-crimes.pdf]. Acesso em: 06.09.2021.
48. APn 702-AP; AgRg no REsp 1.382.289-PR; AgRg no AREsp 342.908-DF; RHC 51.356-SC; AgRg no AREsp 487.715-CE; AgRg no REsp 1.511.985-PR; AgRg no Ag 1.105.736-MG; AgRg no AREsp 614.524-MG; AgRg no REsp 1.308.038-SP; AgRg no HC 188.151-SP; AgRg no AREsp 648.194-SP; HC 274.487-SP. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/insignificancia-inaplicavel-aos-crimes.pdf]. Acesso em: 06.09.2021.

enunciado, visto que diversas circunstâncias fáticas mostram-se absolutamente insignificantes do ponto de vista de lesão ao bem jurídico da administração pública, retirando a legitimidade da persecução penal, que se apresenta desproporcional e excessiva, tanto sob o a ótica da dogmática penal, quanto sob o prisma da eficiência estatal e do gasto de verba pública despendido para mover a máquina judiciária.

Por conta da indevida amplitude da súmula, diversos crimes contra a administração pública, que contam com uma pena baixa[49], acabam sendo abrangidos pela proibição de reconhecimento da insignificância, sem que o Superior Tribunal de Justiça tenha avaliado de forma pormenorizada casos práticos distintos e valorizado outros aspectos[50].

Em momento pretérito à sua edição, é possível analisar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que compreenderam pela aplicação do princípio da insignificância. O primeiro caso diz respeito a um ex-prefeito que utilizou máquinas e caminhões de propriedade da prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência[51]. Já o segundo caso dizia respeito a um carcereiro que havia se apropriado de farol de milha de motocicleta que estava apreendida, estimada em treze reais, e foi absolvido do delito de peculato-furto, sendo reconhecida a atipicidade da conduta e a consequente aplicação do princípio da insignificância[52].

Por sua vez, após a publicação do entendimento sumular, existem pouquíssimos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que entenderam pelo afastamento de sua incidência e reconheceram a insignificância. Destacam-se: i) o recurso em *habeas corpus* (RHC 85.272/RS), em situação que discutia o delito de dano, previsto no art. 163 do Código Penal, com a aplicação do inc. III[53], que prevê qualificadora quando o crime for praticado contra o

49. É o exemplo do emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315, CP), ou de condescendência criminosa (art. 320, CP) ou de advocacia administrativa (art. 321, CP).

50. FRAGOSO, Christiano. O desacerto da súmula 599, do STJ. In: LEMOS, Bruno Espiñeira et al. (Org.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal*: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

51. "Habeas Corpus. 2. Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do Decreto-Lei 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. 3. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. 4. Ordem concedida" (HC 104.286, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 03.05.2011, DJe-095, Divulg 19.05.2011, Public 20.05.2011, Ement Vol-02526-01 PP-00042 RT, v. 100, n. 909, 2011. p. 425-434).

52. "Ementa: Ação Penal. Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento" (HC 112.388, rel. Min. Ricardo Lewandowski, rel. p/ Acórdão: Cezar Peluso, 2ª T., j. 21.08.2012, Processo Eletrônico *DJe*-181, Divulg 13.09.2012, Public 14.09.2012).

53. Art. 163 – Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. Dano qualificado. Parágrafo único – Se o crime é cometido: III – contra o patrimônio da

patrimônio público; ii) o recurso em *habeas corpus* (RHC 153.480), em situação que discutia a prática de estelionato praticado em prejuízo da administração pública, prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal[54].

No que toca ao primeiro caso, o Ministro Relator Nefi Cordeiro suscitou a excepcionalidade do caso e invocou os quatro requisitos anteriormente fixados para justificar a decisão, ao passo que o réu era primário, com 83 anos à época dos fatos, e o dano causado ao erário correspondia a menos de 3% do salário mínimo vigente[55], pois este se referia a um

---

União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; [...].

54. "Recurso ordinário constitucional em habeas corpus. Direito penal e processual penal. Crime praticado em prejuízo da administração pública. Art. 171, § 3º, do Código Penal. Aplicabilidade do princípio da insignificância. Irrelevância da conduta na esfera penal. Mínimo desvalor da ação. Valor ínfimo do prejuízo. Espécie na qual não incide a orientação sedimentada na súmula n. 599 do Superior Tribunal de Justiça, mutatis mutandis. Recurso Provido. 1. Hipótese na qual o Recorrente, após adquirir, em nome de seus filhos, três bilhetes estudantis de transporte público integrado pelo preço unitário de R$ 2,15 (dois reais e quinze centavos) – metade do valor integral (R$ 4,30 – quatro reais e trinta centavos) – utilizou-se deles para vender acesso irregular à Estação Corinthias-Itaquera, do metrô de São Paulo, por R$ 4,00 (quatro reais). Conforme a denúncia, um dos bilhetes foi usado regularmente duas vezes, e os outros dois foram utilizados indevidamente uma vez, cada. Isso resultou em vantagem financeira ao Recorrente de R$ 3,70 (três reais e setenta centavos), e prejuízo financeiro à São Paulo Transporte S/A – SPTrans de R$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos). 2. As particularidades da espécie impõem o reconhecimento do princípio da insignificância. Tanto a vantagem patrimonial obtida, quanto o prejuízo ocasionado à Empresa de Transporte Público, foram inferiores a 0,5% do salário mínimo que vigia no ano de 2019, quando dos fatos. No mais, não há a indicação de circunstância subjetiva que eventualmente pudesse impedir a aplicação do princípio da bagatela, pois inexistem nos autos notícias do envolvimento do Recorrente em outros delitos, além de ser relevante seu relato em Delegacia de que passava por dificuldades em sustentar financeiramente sua família. 3. No Supremo Tribunal Federal não prevalece a orientação de que o cometimento de conduta em prejuízo da Administração Pública impede, aprioristicamente, a incidência do princípio da bagatela – o que deve ser avaliado segundo as peculiaridades do caso concreto. Precedentes citados: HC 120.580, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, DJe 10/08/2015; RHC 190.315, Rel. Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 22/02/2021. 4. Conforme já decidiu esta Corte, em determinadas hipóteses, nas quais for ínfima a lesão ao bem jurídico tutelado – como na espécie –, admite-se afastar a aplicação do entendimento sedimentado na Súmula n. 599/STJ, pois "a subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano" (HC 245.457/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 5. Recurso provido para determinar o trancamento do Processo-crime" (RHC 153.480/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 24.05.2022, *DJe* 31.05.2022).

55. "Penal. Processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Dano qualificado. Inutilização de um cone. Idoso com 83 anos na época dos fatos. Primário. Peculiaridades do caso concreto. Mitigação excepcional da súmula n. 599/STJ. Justificada. Princípio da insignificância. Incidência. Recurso provido. 1. A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal. 2. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima

cone da Polícia Rodoviária Federal quebrado em decorrência da atitude do acusado de passar com o carro por cima dele. Outrossim, o recorrente fora penalizado com multa por infração ao disposto no art. 169 do CTN, argumento este que corroborou o reconhecimento da atipicidade material da conduta por conta da imposição de outra sanção estatal que tinha o condão de punir.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia negado a ordem de *habeas corpus* por considerar que a atitude do paciente apresenta "alto grau de reprovação", aduzindo que o valor do bem não deveria ser o único parâmetro para análise da lesividade da conduta e aplicação do princípio da insignificância[56], argumento este que é reiteradamente empregado pelos Tribunais de Justiça pelo Brasil no tocante aos delitos contra a administração pública.

Quanto ao segundo caso, um homem foi denunciado por estelionato por ter vendido irregularmente dois bilhetes do transporte público de São Paulo, os quais estavam em nome de seus filhos, resultando em uma vantagem de R$ 3,70 (três reais e setenta centavos) para o acusado e ocasionando o prejuízo de R$ 4,30 (quatro reais e trinta centavos) para a empresa SPTrans.

A Ministra Laurita Vaz reconheceu a incidência do princípio da bagatela, afastando a incidência do sedimentado na Súmula 599/STJ, justificando, inclusive, que não há notícia de envolvimento do acusado na prática de outros delitos, além de ter constado em seu relato perante a Delegacia que passava por dificuldades em sustentar financeiramente a sua família. O voto deu provimento ao recurso e foi acompanhado por unanimidade pelos demais membros da 6ª Turma.

A despeito das alegações defensivas no sentido de aplicação do princípio da insignificância em casos de imputação de delitos contra a administração pública, em pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, verificou-se que os julgadores recorrem preeminentemente à aplicação do entendimento sumular supramencionado[57], sem maiores enfrentamentos do tema.

---

ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 3. A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto – réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos – justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada. 3. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal n. 2.14.0003057-8, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Gravataí/RS" (STJ, RHC 85.272-RS 2017/0131630-4, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 14.08.2018, 6ª T., Data de Publicação: *DJe* 23.08.2018 RSTJ).

56. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Sexta Turma aplica princípio da insignificância a crime contra a administração pública.* Disponível em: [https://bit.ly/2PZTxso]. Acesso em: 04.04.2021.

57. TJPR, 4ª Câmara Criminal, 0001206-14.2020.8.16.0168 – Terra Roxa, rel. Substituto Pedro Luis Sanson Corat, j. 14.08.2023; (TJPR, 2ª Câmara Criminal – 0005547-29.2017.8.16.0026, Campo Largo, rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, j. 20.03.2023); TJPR, 2ª C.Criminal – 0016719-54.2018.8.16.0083,

Ademais, os magistrados também invocam o argumento de que os referidos crimes servem para tutelar a moralidade administrativa, de modo que não se busca tão somente resguardar o aspecto patrimonial, "tornando absolutamente inviável a afirmação do desinteresse estatal na sua repressão" frente a esse princípio[58].

É no mesmo sentido que o Superior Tribunal de Justiça vem afastando quaisquer argumentos para aplicação da bagatela no âmbito dos crimes contra a administração pública na grande maioria dos casos, inclusive quanto ao delito de furto tentado[59], em que o denunciado havia furtado o correspondente a dez litros de gasolina e posteriormente devolvido, o que não causou empecilho à utilização dos veículos por parte da Secretaria de Inclusão Social do Estado de Sergipe, ou também em situação onde um detento escreveu sua alcunha na porta da cela, incidindo no art. 163, inc. III, do Código Penal[60].

Ou seja, quaisquer argumentos formulados no sentido de se repensar a aplicação da súmula são imediatamente rechaçados com base na moralidade administrativa, a qual exige que além de respeitar a lei, o agente público atue de forma ética, leal e séria[61]. Desse modo, entende-se que "para que o administrador pratique uma *imoralidade administrativa*, basta que empregue seus poderes funcionais com vistas a resultados divorciados do específico interesse público a que deveria atender"[62].

Com isso, além da hipótese de desvio de finalidade, também pode ocorrer a imoralidade administrativa quando houver ausência de finalidade e ineficiência grosseira da ação do administrador público, em referência à finalidade que se propunha atender[63]. No ordenamento jurídico, para além de sua constituição como bem jurídico penal, temos diversos instrumentos de controle da moralidade administrativa[64], os quais servem como freio a

---

Francisco Beltrão, rel. Juiz Humberto Gonçalves Brito, j. 16.11.2020); TJPR, 2ª C.Criminal – 0007682-88.2015.8.16.0024, Almirante Tamandaré, rel. Des. Luís Carlos Xavier, rel. Desig. p/ o Acórdão: Juiz Mauro Bley Pereira Junior, j. 08.08.2019.

58. (TJPR, 2ª C.Criminal – 0002035-26.2014.8.16.0064, Castro, rel. Des. Laertes Ferreira Gomes, j. 15.08.2019).

59. "Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto tentado. Crime contra a administração pública. Princípio da insignificância. Não incidência. Incidência da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça. Dissídio jurisprudencial. Não demonstrado. Agravo regimental desprovido. 1. Nos termos da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, não é aplicável o princípio da insignificância no tocante a crimes praticados contra a Administração Pública, tal como ocorre na hipótese dos autos. 2. A demonstração do dissídio jurisprudencial não se contenta com meras transcrições de ementas, tal como ocorreu no presente caso, sendo absolutamente indispensável o cotejo analítico, de sorte a demonstrar a devida similitude fática entre os julgados confrontados. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp 1602030/SE, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 20.10.2020, *DJe* 29.10.2020).

60. (AgRg no HC 633.285/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 02.02.2021, *DJe* 04.02.2021).

61. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo.* 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 38.

62. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 102.

63. Idem.

64. À título de exemplo, tem-se a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/1988 e Lei 4.717/1965); a ação civil pública (art. 129, III, da CF/1988 e

eventuais usurpações de função por parte daqueles que exercem a ocupação de funcionário público.

De todo modo, cabe ressaltar que não se deve aferir um entendimento imutável a respeito do tema, devendo ser a questão da moralidade administrativa observada a partir de critérios mais objetivos e de acordo com a finalidade da pena que se pretende.

Consoante assertivamente apontado por Christiano Fragoso, a moralidade administrativa, tal qual o patrimônio, pode ser atingida também de modo insignificante, de forma que inexistem bens jurídicos aos quais não se possa aplicar a insignificância[65]. Para o autor, não há um direito penal à parte e nos crimes contra a administração pública devem ser aplicados todos os princípios fundamentais do Direito Penal.

Sob outra perspectiva, "o valor da lesão e os custos totais do processo criminal parece atender aos anseios do Estado democrático de direito, uma vez que deixar de usar a máquina repressiva, sempre que possível, significa sua racionalização e restrições ao poder punitivo"[66].

Essa análise é interessante, na medida em que leva em consideração o dinheiro público utilizado para conferir "legitimidade" à persecução penal. Em inúmeras oportunidades, o prejuízo a ser suportado pela vítima do ilícito (seja ela o particular ou a administração pública) é monumentalmente menor do que o valor despendido para promoção da persecução penal. Nesse sentido, afirma-se que ainda que o delito seja reprovável, em diversas circunstâncias o bem jurídico violado é irrelevante se comparado ao gasto do dinheiro público na punição desse delito[67].

Há entendimento predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[68] e do Supremo Tribunal Federal em que incide a insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00

Lei 7.347/1985); as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º da Lei Complementar 64/1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); as sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais aspectos foram sintetizados por Rafael Oliveira em: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo.* 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 37.

65. FRAGOSO, Christiano. O desacerto da súmula 599, do STJ. In: LEMOS, Bruno Espiñeira et al. (Org.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal*: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
66. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Princípio da insignificância precisa de parâmetros.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-abr-09/principio-insignificancia-parametros-aplicacao]. Acesso em: 04.04.2020.
67. BEZERRA, Ricardo Rodolfo Rios; FARIAS, Milena Lopes Vieira de. *Dois filés de frango*: princípio da insignificância e o entendimento do STJ. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-jun-20/opiniao-principio-insignificancia-entendimento-stj]. Acesso em: 06.09.2021.
68. Tema Repetitivo 157 – Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. (STJ, REsp 1.709.029/MG 2017/0251879-9, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.02.2018, S3 – 3ª Sessão, Data de Publicação: *DJe* 04.04.2018).

(vinte mil reais), conforme disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002[69] e nas Portarias 75[70] e 130[71] do Ministério da Fazenda. Isso porque não há sentido em permitir que seja instaurado um processo penal em situação em que nem sequer será cobrado no âmbito de procedimento administrativo-fiscal[72].

No mesmo sentido do que ocorre no âmbito tributário, é verossímil propor a criação de um parâmetro distinto ou mais restrito para a aplicação da súmula, ou até sua revogação, em observância ao sistema jurídico-penal. O dogma da moralidade administrativa diz respeito a elemento demasiadamente frágil e abstrato para justificar a não incidência do instituto, ao passo que deixa de observar garantias individuais do acusado.

Não se mostra crível o desprezo absoluto do princípio, até porque já existiram importantes decisões prolatadas pelas Cortes Superiores que compreenderam por sua aplicação, devendo haver um alargamento e flexibilização da posição adotada para fins de respeito aos princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da ofensividade.

4.1. A insignificância no âmbito da improbidade administrativa

Outro ponto que merece destaque na presente pesquisa diz respeito à possibilidade de aplicação da insignificância na seara da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), uma vez que sua aproximação com a esfera penal tem gerado discussões nesse sentido.

Preliminarmente, é relevante suscitar que a improbidade administrativa figura como uma forma extrapenal de proteção da administração pública, ao passo que tem previsão constitucional no art. 37, que erigiu a moralidade entre os princípios que a regem. Assim, a lei tem por escopo punir atos prejudiciais em maior ou menor medida, à administração pública[73].

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento assentado no sentido de que o princípio da insignificância também é inaplicável aos atos de improbidade

---

69. Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, por meio de requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos em dívida ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior àquele estabelecido em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

70. Art. 1º Determinar: II – o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

71. Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. Disponível em: [http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37784&visao=anotado]. Acesso em: 23.08.2021.

72. Emprega-se aqui a ideia de insignificância, pela produtividade nos julgados, porém entendemos tratar-se, em verdade, de assessoriedade administrativa, na medida em que se reconhece que o penal não deve incidir quando a própria Administração abre mão de perseguir em juízo créditos tributários abaixo de determinados valores.

73. SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública.* 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 220.

administrativa desde o ano de 2010 (o que ficou definido no julgamento do paradigmático REsp 892.818[74]), sendo posteriormente reafirmado em algumas oportunidades[75], nunca ocorreu o necessário aprofundamento da questão, de modo que os julgadores costumam valer-se do argumento de que a moralidade pública "constitui patrimônio a ser resguardado por todos os membros da sociedade, sob pena da completa submissão dos valores rígidos de honestidade e probidade às práticas de corrupção, enriquecimento ilícito, concussão e prevaricação"[76].

Existem dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça que foram orientados sob a ótica de reconhecimento do princípio bagatelar, quais sejam, o AgRg no REsp 968.447[77] e REsp 1.536.895[78].

Nos dias atuais, é possível verificar que em algumas situações os recursos esbarram na Súmula 7[79] do Superior Tribunal de Justiça[80] e rechaçam preponderantemente o instituto. As decisões mais recentes vão no sentido de que quando o erário público figura como lesado, a aplicação da insignificância conspiraria contra a moralidade pública[81], verificando-se uma real proximidade quando se trata dos crimes contra a administração pública. Desse modo, inexiste uma posição terminante a respeito do assunto.

Aliás, é necessário pontuar que o legislador bem entendeu por revogar o anterior § 1º, do art. 17 da referida lei, que dispunha ser vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações civis por ato de improbidade administrativa, passando a prever a possibilidade de celebração do acordo de não persecução cível. Esse aspecto inseriu um novo ingrediente no contexto, impactando fortemente a compreensão sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância às ações de improbidade administrativa[82].

---

74. (STJ, REsp 892.818-RS 2006/0219182-6, rel. Min. Herman Benjamin, j. 11.11.2008, 2ª T., Data de Publicação: *DJe* 10.02.2010).
75. (STJ, REsp 1.512.654-SP 2013/0383451-4, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30.11.2017, 1ª T., Data de Publicação: *DJe* 27.02.2018).
76. (STJ, AREsp 1.213.734-RJ 2017/0302165-4, rel. Min. Francisco Falcão, Data de Publicação: *DJ* 13.08.2018).
77. (STJ, AgRg no REsp 968.447-PR 2007/0164169-0, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.04.2015, 1ª T., Data de Publicação: *DJe* 18.05.2015).
78. (STJ, Resp 1.536.895, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 15.12.2015, 1ª T., Data de Publicação *DJe* 08.03.2016).
79. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 28.06.1990, DJ 03.07.1990. p. 6478.
80. (AgInt no AREsp 1.140.901/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. 17.11.2020, *DJe* 03.12.2020).
81. (AgInt no AREsp 1.140.901/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. 17.11.2020, *DJe* 03.12.2020).
82. FERRAZ, Luciano. *Lei 13.964/19 e (in)significância na improbidade administrativa.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jul-23/interesse-publico-lei-1396419-insignificancia-improbidade-administrativa]. Acesso em: 06.09.2021.

A alteração se deu em decorrência do advento da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como "Lei Anticrime" e possibilitou a concessão do benefício àquele que cumprir os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal, o que é amplamente abordado pela doutrina de Walter Barbosa Bittar e Rafael Junior Soares[83].

Pode-se afirmar que a modificação é um indicativo de que se pretende uma simplificação no caso da prática de atos considerados ímprobos, nos termos dos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/1992, muito embora não tenham sido estabelecidos pressupostos específicos para sua aplicação, devendo ser seguidas as condições previstas no diploma processual penal.

Além disso, considerando ter sido inserido no § 4º do art. 11 – o qual trata da violação dos princípios da administração pública – que "os atos de improbidade de que se trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento (...)", Bernardo Strobel Guimarães, Caio Augusto Nazário de Souza e Luis Henrique Braga Madalena concordam que essa regra deve ser estendida a todo o sistema da improbidade administrativa, visto que não faria sentido do ponto de vista sistemático defender que a insignificância alcançaria apenas uma das modalidades previstas na norma[84].

No que toca à controvérsia da possibilidade ou não de reconhecimento da insignificância na improbidade, sustentam os referidos autores que "todo ato, para ser qualificado como improbidade administrativa, deve corresponder a um ilícito grave", de forma que o Estado não deve movimentar o seu aparato repressivo ou exercer o seu poder de punir quando o ato praticado pelo indivíduo representar uma violação irrelevante ao bem jurídico protegido pela norma[85].

Assim, reconhecem que o princípio da insignificância age como instrumento de interpretação restritiva de normas sancionatórias, independentemente de sua natureza ser civil, penal ou administrativa, o que já foi reconhecido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do já mencionado AgRg no REsp 968.447/PR[86]. Por conseguinte,

> "aqueles atos que virtualmente podem ser enquadrados nas hipóteses previstas nos artigos 9, 10 e 11 da Lei (tipicidade formal), mas não são capazes de lesar o bem jurídico tutelado pela lei (tipicidade material), qual seja, a probidade administrativa, não caracterizam improbidade administrativa, mas apenas irregularidades administrativas. Pode-se dizer, nesse sentido, que existem condutas somente formalmente típicas que são irrelevantes para a improbidade e, por isso, não justificam a mobilização do aparato administrativo-judicial do Estado para a sua punição."[87]

---

83. BITTAR, Walter Barbosa; SOARES, Rafael Junior. Capítulo 6 – Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.492/92. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 127-132.
84. GUIMARÃES, Bernardoo Trobel; SOUZA, Caio Augusto Nazário de; MADALENA, Luis Henrique Braga. *Aplicação do princípio da insignificância às ações de improbidade administrativa.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2023-mar-13/opiniao-principio-insignificancia-acoes-improbidade#_ftn3]. Acesso em: 03.09.2023.
85. Idem.
86. Idem.
87. Idem.

Outrossim, no tocante à aplicação da insignificância no âmbito da improbidade administrativa, Luciano Ferraz compreende acertadamente que:

> "se a aplicação do referido princípio é, como se adiantou, um filtro substantivo ao excesso formal da tipicidade punitiva – com especial pertinência aos casos em que a irrelevância ou a incipiência da violação aos bens jurídicos tutelados revela um exagero da pena (desproporcionalidade) e/ou do processo de improbidade administrativa – à medida que a lei admite a utilização do instrumento de natureza consensual (bilateral ou plurilateral), para deixar ou cessar de movimentar o arsenal punitivo do Estado, consagra implicitamente a disponibilidade do próprio enquadramento formal da tipicidade, sem prejuízo de que a decisão de reconhecimento da bagatela subordine, se for o caso, o ressarcimento a outra via administrativa ou judicial, divisando-se, afinal, punição e reparação."

Com relação à questão, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch e Guilherme Pupe da Nóbrega registram posição objetiva e contundente – a qual aderimos –, defendendo a aplicação do princípio da insignificância em caso de imputação por ato de improbidade administrativa, sob os seguintes argumentos:

> "(i) se improbidade é imoralidade qualificada, a subsunção de condutas nos tipos legais deve observar a reprovabilidade da conduta e o grau de prejuízo para tanto, não se cingindo à dosimetria de pena; (ii) tanto essa tutela da improbidade não é absolutamente intangível, que admite transação, convalidação de atos, preservação de situações consolidadas no tempo etc.; (iii) o princípio da insignificância alcança seara de responsabilização em tese até mais gravosa que a da improbidade (na medida em pode cercear até liberdade de locomoção), podendo contemplar inclusive crimes contra a administração pública, não parecendo razoável simplesmente renegar, a priori e abstratamente, a possibilidade de sua incidência em sede de improbidade; (iv) se impunidade é capaz de gerar insegurança, por certo que punições identificadas com percepções de injustiça possuem aptidão ainda maior; e (v) o artigo 21 da Lei 8.429/1992 fala na possibilidade de cominação de sanções independentemente de prejuízo ao erário, o que é diferente de possibilidade de enquadramento (ou não) de determinada conduta como ímproba (independentemente de prejuízo ao erário)."[88]

A análise da casuística se mostra fator determinante e imprescindível para permitir ou não o reconhecimento do princípio, visto que se deve analisar fatores como a gravidade da conduta praticada, as condições pessoais do agente, a relevância do bem jurídico violado[89], o prejuízo ocasionado, entre outros aspectos.

88. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Improbidade administrativa e o princípio da insignificância: uma história sem fim.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-fev-21/mudrovitsch-pupe-improbidade-principio-insignificancia]. Acesso em: 05.04.2021.

89. GUIMARÃES, Bernardo Trobel; SOUZA, Caio Augusto Nazário de; MADALENA, Luis Henrique Braga. *Aplicação do princípio da insignificância às ações de improbidade administrativa.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2023-mar-13/opiniao-principio-insignificancia-acoes-improbidade#_ftn3]. Acesso em: 03.09.2023.

Dessa forma, em linhas gerais, compreende-se que o tema não está maduro o suficiente e requer um necessário aprofundamento. As modificações promovidas pela novel legislação podem ser o pontapé inicial para trazer a possibilidade de reconhecimento da insignificância na esfera da improbidade administrativa

5. Considerações finais

Diante do exposto, verificou-se que o princípio da insignificância se presta para diminuir a abrangência da norma penal, servindo como instrumento limitador do poder punitivo estatal quando houver a inexpressividade da lesão jurídica após a prática delitiva.

Sabe-se que é necessário buscar racionalidade e segurança jurídica nas decisões judiciais, ao passo que, consoante demonstrado, não é possível buscar tais fatores nos requisitos elencados pelo Supremo Tribunal Federal, pois estes são demasiadamente amplos e sua utilização desenfreada abre margem para discricionariedade. Com isso, ainda que a jurisprudência tenha tentado estabelecer critérios, além de não haver o devido acompanhamento por parte dos juízes de primeiro grau e dos Tribunais de Justiça, estes se mostram insuficientes a partir de um sistema penal integral.

Portanto, verificou-se que a moralidade administrativa figura como argumento deficiente e muito abstrato para obstar o uso da insignificância nos crimes contra a administração pública, uma vez que em diversos crimes previstos na parte especial do Código Penal e a partir de situações concretas, foi possível verificar que houve inexpressiva lesão ao bem jurídico e ausência de ofensividade, e ainda assim não houve a aplicação do princípio bagatelar.

Entende-se, para todos os efeitos, que deve haver uma superação do conteúdo da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça, inexistindo justificativa plausível para a compreensão atual que criou uma barreira intransponível à aplicação da insignificância naqueles delitos praticados contra a administração pública, uma vez que nenhum bem jurídico ou princípio é absoluto.

6. Referências bibliográficas

BEZERRA, Ricardo Rodolfo Rios; FARIAS, Milena Lopes Vieira de. *Dois filés de frango*: princípio da insignificância e o entendimento do STJ. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-jun-20/opiniao-principio-insignificancia-entendimento-stj]. Acesso em: 06 set. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos.* 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Tratado de direito penal. v. 5). p. 38-39.

BITTAR, Walter Barbosa; SOARES, Rafael Junior. Capítulo 6 – Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.492/92. In: BITTAR, Walter Barbosa (Org.). *Comentários ao pacote anticrime*: Lei 13.964/19. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 98, p. 117-148, set.-out. 2012.

BRUTTI, Roger Spode. A evolução do princípio da insignificância, a qualidade das leis brasileiras, benefício para os presos que estudam, Lei Maria da Penha e outros assuntos. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 221-232, abr.-maio 2012.

COELHO, Nuno; IZÁ, Adriana de Oliveira. A aplicação do princípio da insignificância no processo de improbidade administrativa. *RIL Brasília*, a. 57, n. 226, p. 187-206, abr.-jun. 2020.

CRUZ, Rogerio Schietti; EISELE, Andreas. *Insignificância penal*: os crimes de bagatela na dogmática e na jurisprudência. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

FERRAZ, Luciano. *Lei 13.964/19 e (in)significância na improbidade administrativa.* Disponível em: [www. conjur.com.br/2020-jul-23/interesse-publico-lei-1396419-insignificancia-improbidade-administrativa]. Acesso em: 06.09.2021.

FRAGOSO, Christiano. O desacerto da súmula 599, do STJ. In: LEMOS, Bruno Espiñeira et al. (Org.). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal*: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GUADANHIN, Gustavo de Carvalho. O princípio da insignificância e a reiteração de conduta. *Boletim do IBCCRIM*, ano 29, n. 338, p. 10-12, jan. 2021.

GUIMARÃES, Bernardoo Trobel; SOUZA, Caio Augusto Nazário de; MADALENA, Luis Henrique Braga. *Aplicação do princípio da insignificância às ações de improbidade administrativa.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2023-mar-13/opiniao-principio-insignificancia-acoes-improbidade#_ftn3]. Acesso em: 03.09.2023.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Em defesa do princípio da insignificância no Direito Penal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 225, p. 15-16, ago. 2011.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Princípio da insignificância precisa de parâmetros.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2011-abr-09/principio-insignificancia-parametros-aplicacao]. Acesso em: 04.04.2020.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. *Boletim do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 54, p. 10-11, jan.-fev. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Improbidade administrativa e o princípio da insignificância: uma história sem fim.* Disponível em: [www. conjur.com.br/2020-fev-21/mudrovitsch-pupe-improbidade-principio-insignificancia]. Acesso em: 05.04.2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo.* 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. A objetividade do princípio da insignificância. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 9, n. 109, p. 11-13, dez. 2001.

PINTO, Rafael Fagundes. *A insignificância no direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *STJ aprova súmula sobre insignificância em crimes contra a administração pública.* Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-nov-23/stj-aprova-sumula-insignificancia-crimes-governo]. Acesso em: 22.08.2021.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Sexta Turma aplica princípio da insignificância a crime contra a administração pública.* Disponível em: [https://bit.ly/2PZTxso]. Acesso em: 04.04.2021.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito.* Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.

7. Legislação

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.* Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm]. Acesso em: 30.01.2021.

BRASIL. *Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa.* Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm]. Acesso em: 21.02.2021.

BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.* Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 05.04.2021.

BRASIL. *Lei 9.605, de 02 de fevereiro de 1998. Lei de Crimes Ambientais.* Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm]. Acesso em: 05.09.2021.

8. Jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 84.412/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., Data de Publicação 19.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 28.06.1990, *DJ* 03.07.1990. p. 6478.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 599.* O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Brasília: Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial, julgado em 20.11.2017, *DJe* 27.11.2017.

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O desacerto da Súmula 599 do STJ e da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública, de Helena Folgueira de Campos Vieira – *RDPec* 16/29-44.

Daguer, Beatriz; Tangerino, Davi de Paiva Costa; Biagi, Talita Cristina Fidelis Pereira. O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 81-106. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515900].

Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado

Towards a critique of Radbruch's formula – Notes on a culturally and communicatively oriented concept of law

H. C. Mult. Bernd Schünemann

Professor catedrático de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia jurídica na tradicional *Ludwig-Maximilians Universität* (Munique, Alemanha).
bernd.schuenemann@jura.uni-muenchen.de

Eduardo Viana Portela Neves

Doutor e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com estágio doutoral na Universität Augsburg (Alemanha). É professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBa).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8558180042048005].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-2503-9318].
eduardo.viana@ufba.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515940].

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O problema do artigo diz respeito ao significado do conceito de direito para a punição da "criminalidade de governo na Alemanha oriental" e a sua controvertida compatibilidade com a proibição jurídico-penal de retroatividade. O problema é investigado à luz da conhecida fórmula de Radbruch, a qual obteve extraordinária relevância na judicatura e na literatura científica sobre o "enfrentamento do passado". Conclui-se, ao final, que o sucesso da fórmula é fruto da sua debilidade científica, em especial, a indeterminação semântica.

Abstract: The object/problem of this article is about the meaning of the legal concept for the punishment from the "government criminality on the East Germany" and its controversial compatibility with the legal-penal prohibition of retroactivity. The problem is investigated under the light of the known Radbruch formula, which gained extraordinary relevance on the judicature and on the scientific literature regarding the "coping with the past". It is concluded at the end that the success of the formula is a result of its scientific weakness, especially its semantic indetermination.

Schünemann, Bernd; Neves, Eduardo Viana Portela. Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 201. ano 32. p. 107-120. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515940].

Palavras-chave: Conceito de direito – Fórmula de Radbruch – Proibição de retroatividade – Crimes no regime da RDA.

Keywords: Legal concept – Radbruch formula – Prohibition on retroactive criminal law – Crimes under the GDR's regime.

Sumário: I. As mudanças no conceito de direito de Radbruch. II. As deficiências do conceito positivista de direito associado à fórmula de Radbruch. III. Notas para um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado. IV. A coragem do legislador polonês e o fracasso do legislador alemão. V. Referências.

O[1] diálogo entre as ciências polonesa e alemã – em termos de intensidade e construtividade – é praticamente sem exemplos na Europa, sendo que esse intercâmbio tem voltado a crescer em duas áreas: o direito penal e a filosofia do direito. O nosso homenageado, *Andrzej Zoll*, alcançou méritos extraordinários em ambas as áreas desse diálogo, razão pela qual é visto na Alemanha não apenas como representante por excelência do moderno Estado de Direito polonês, senão também como notável cientista jurídico, que por meio das diversas publicações importantes conquistou igualmente o nosso respeito. Em sua homenagem, gostaria de abordar, sob a perspectiva da filosofia do direito penal, um problema com o qual, desde o fim da ditadura comunista na Polônia e na antiga Alemanha oriental até os dias de hoje, os nossos países e também o homenageado[2] têm-se ocupado intensivamente: qual é o significado do conceito de direito para a punição dos "crimes comunistas" (como se designa na Polônia) ou "criminalidade de governo na Alemanha oriental" (como se denomina na Alemanha) e a sua controvertida compatibilidade com a proibição jurídico-penal de retroatividade. Centrar-me-ei no conceito de *Gustav Radbruch*, que alcançou extraordinária importância na judicatura e na literatura científica sobre o "enfrentamento do passado" (*Vergangenheitsbewältigung*). Essa importância, a meu juízo – para antecipar a conclusão –, realizada uma análise crítica, não se justifica em absoluto. Seu sucesso na práxis se deve justamente às suas debilidades científicas, concretamente, à sua indeterminação

1. Publicação original: Zur Kritik der sogenannten Radbruchschen Formel – Notizen zu einem kultur- und kommunikationsbezogenen Rechtsbegriff, in: Panstwo Prawa i Prawo Karne, Jubiläumsschrift für Professor Andrzej Zoll, Warschau/Polen 2012, Band II p. 251-263. Trad. e notas de Eduardo Viana.
2. E, ainda, como líder do Tribunal Constitucional polonês (do qual foi presidente entre os anos de 1993-1997), cargo no qual participou do julgamento de 25.09.1991 sobre o problema da prescrição (TK Z 25.09.1991), bem como penalista; de suas publicações, tão relevantes quanto numerosas, são mencionadas aqui apenas as seguintes contribuições em língua alemã "Die Idee des 'Gerechten Rechts' und das Strafrecht", em: Eser/Kaiser/E. Weigend (Coord.). Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht, 1993. p. 87 e ss.; "Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Polen", *ZStW*, 107 (1995). p. 134 e ss.; "Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht – Polen", em: Eser/Arnold (Coord.). Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht Bd. 5, 2002. p. 26 e ss. (em conjunto com Ewa Weigend).

semântica, a qual permite a cada época apossar-se de suas próprias representações de justiça como parâmetro para o julgamento jurídico-penal do passado.

I. As mudanças no conceito de direito de Radbruch

1. No intervalo de quinze anos, *Gustav Radbruch*, o filósofo alemão do direito do século XX mais reconhecido no cenário internacional, respondeu de forma completamente distinta à pergunta central da filosofia do direito, isto é, ao problema da relação entre validade do direito e a justiça. A explicação biográfica para isso é evidente: a primeira resposta encontra-se no ano 1932, em seu livro "Filosofia do Direito", imediatamente antes da tomada do poder pelo nacional-socialismo; a segunda resposta, cerca de quatorze ou quinze anos mais tarde, após o fim da tirania nacional-socialista. Para um filósofo do direito essa mudança é surpreendente, porque a correção das afirmações filosóficas sobre o direito – diferentemente das sociológico-jurídicas – não depende de verificação empírica e, por essa razão, também não podem ser falseadas por eventos históricos como a dominação/o domínio do nacional-socialismo. A modificação operada por *Radbruch* em sua teoria da validade do direito, como reação às atrocidades do regime nacional-socialista, não pode sequer ser justificada com base no fato de que a nova teoria seria necessária para possibilitar a punição dos irascíveis criminosos nacional-socialistas; isso seria evidentemente uma falácia naturalista. Por essa razão, parece-me apropriado verificar criticamente as mudanças no conceito de validade do direito de Radbruch.

2. Na terceira edição de "Filosofia do Direito", publicado em 1932, *Radbruch* reconhece que a consciência do indivíduo lhe confere o direito de se negar a obedecer a "leis vergonhosas" (*Schandgesetzen*). No entanto, em sua interpretação, o juiz está a serviço da ordem jurídica positiva e não deve conhecer outra coisa senão a teoria jurídica da validade, isto é, aquela que equipara a pretensão de vigência à vigência real. Por essa razão, muito mais do que considerar o direito estabelecido como válido, o juiz nunca deve se perguntar se o comando legal autoritativo também é justo[3]. De modo completamente diverso, em seu artigo publicado em 1946 sobre "injusto legal e direito supralegal", apesar de ter afirmado que o direito positivo tem seguramente preponderância mesmo quando for materialmente injusto e inadequado, aduziu que essa prioridade desaparecerá quando o conflito entre o direito positivo e justiça for de tal forma insuportável que a lei – como "direito injusto" – deva ceder à justiça. Imediatamente depois, afirma que, nas hipóteses em que a justiça sequer é almejada e a igualdade – que representa o coração da Justiça – é conscientemente negada com a positivação do direito, a lei em questão não seria apenas "direito injusto", mas sim careceria absolutamente de qualquer natureza jurídica[4]. Essas observações de *Radbruch* são corriqueiramente compreendidas como uma "teoria de três níveis": o primeiro nível inclui leis simplesmente injustas, as quais, no entanto, têm validade legal; o segundo nível cuidaria

3. Loc. cit., p. 82.

4. Citação conforme Dreier/Paulson (Coord.). Rechtsphilosophie – Studienausgabe. 2. ed. Heidelberg, 2003. p. 216.

da perda de validade jurídica devido a uma "injustiça intolerável"; por fim, no terceiro nível, as leis não mais satisfariam o conceito de direito se, por meio delas, o legislador não tivesse sequer perseguido a justiça (e, seu pressuposto, a igualdade)[5]. Pode-se duvidar que "injustiça/ intolerável" e "falta de aspiração pela justiça" (*Nicht-anstreben von Gerechtigkeit*) sejam realmente dois níveis diferentes: com a fórmula da intolerabilidade é estabelecido um *standard objetivo,* ao passo que com a fórmula da falta de aspiração pela justiça estabelece-se um padrão *subjetivo*. Ao fim e ao cabo, esses dois padrões (objetivo e subjetivo) mal podem ser diferençados. Com efeito, no caso da fórmula subjetiva não se deve ignorar que o próprio conceito de justiça pode ser compreendido de forma absolutamente diversa, do mesmo modo que o critério da igualdade depende da referência ao que se considera igual e desigual. Desse modo, atualmente, a igualdade *formal* de todos os indivíduos constitui o marco de referência essencial, ao passo que no pensamento jurídico marxista-leninista a desigualdade do inimigo de classe era considerada tão legítima quanto na ideologia nacional-socialista a diferença baseada no elemento da identidade de raça ou, no pensamento antigo, a falta de direitos dos escravos.

3. Portanto, a ideia de "injustiça insuportável" (*unerträgliche Ungerechtigkeit*), como limite à/de validade do direito positivo, ou seja, da ordem jurídica segundo as normas constituição concreta, nunca poderia se concretizar praticamente dentro de uma mesma cultura jurídica. Mais ainda: o fato de *Radbruch*, por meio de sua fórmula criada em 1946, ter atenuado algo do positivismo legalista – aquele positivismo radical que ele havia defendido em 1932 – parece ter efeito desprezível e quase irrelevante em vista do moderno desenvolvimento do Estado constitucional. E isso porque as representações de justiça de uma sociedade estão contidas em sua constituição; uma lei pode ser invalidada por um Tribunal Constitucional se efetivamente contrariar o texto constitucional e não apenas quando sua violação parecer insuportável. Portanto, de antemão, a fórmula de *Radbruch* tem sentido somente para o caso excepcional de uma mudança de todo o sistema político, no qual, *consequentemente*, colocar-se-á a questão sobre o julgamento retroativo, e à luz do novo sistema jurídico, das ações previamente perpetradas. Essa questão assume particular relevância naturalmente no direito penal, em que o *princípio da legalidade*, reconhecido no artigo 25 da Constituição italiana, bem assim no artigo 103, § 2 da Constituição alemã, exclui precisamente qualquer aplicação retroativa do novo direito a fatos pretéritos. Visto dessa maneira, fica clara a função específica da fórmula de *Radbruch*: negar a validade das normas do ordenamento jurídico antecedente com a finalidade de fundamentar a persecução penal unicamente na parte válida do ordenamento anterior e, dessa maneira, contornar a proibição de retroatividade.

4. Isso foi exatamente o que fez o BGH no tratamento jurídico-penal (*strafrechtliche Aufarbeitung*) das ações praticadas pelo regime do Partido Socialista Unificado da Alemanha (SED) – no poder na Alemanha oriental até 1990 – tanto no caso dos fugitivos fuzilados na fronteira interna alemã quanto nos processos contra os juízes alemães orientais por

5. Aproximadamente, SEELMANN. Rechtsphilosophie. 5. ed. München, 2010. p. 34.

prevaricação: as disposições legais da Alemanha oriental, as quais permitiam o uso de armas de fogo mesmo contra fugitivos desarmados na fronteira entre as Alemanhas foram, desde o início, declaradas inválidas, em razão da "injustiça intolerável", assim também o princípio jurídico da "justiça socialista", o qual suspendia o princípio da igualdade perante a lei em relação os inimigos de classe. Isso também foi aprovado pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual anteriormente, por ocasião dos crimes praticados durante o regime nacional-socialista, adotou a fórmula de *Radbruch* e qualificou as normas do período nacional-socialista como inválidas em razão do contraste intolerável com a justiça[6]. Na sentença de 24.10.1996[7], no caso dos homicídios contra fugitivos, fez o mesmo para aquelas leis da Alemanha oriental que permitiam, sob certos pressupostos, o uso de arma de fogo para impedir o transpasso proibido da fronteira e que, por isso mesmo, proporcionavam por si mesmas uma causa de justificação. Essas leis, entretanto, deveriam, segundo a Corte, ter sua validade negada em razão da intolerável violação dos direitos humanos.

5. Não é frequente que uma teoria de filosofia do direito influencie a práxis jurídica de maneira tão decisiva. A marcha triunfal da chamada fórmula de *Radbruch* é um dos exemplos mais extraordinários disso. Com a sua colaboração, a justiça alemã concedeu-se o direito de submeter as ações dos órgãos governamentais e outros órgãos estatais da Alemanha oriental após a reunificação a uma investigação criminal e, se necessário, a um processo penal. Uma análise, bem assim uma inspeção crítica dessa fórmula, pode e precisa ser levada a cabo sob dois planos distintos: por um lado, com relação à força de convencimento jurídico-filosófico do conceito de direito implícito na fórmula de *Radbruch*; e, por outro, no que diz respeito à questão – a ser resolvida pela interpretação do princípio da legalidade – sobre se a punição do crime, a qual decorre da nulidade das causas de justificação fundamentada com base na fórmula de *Radbruch*, é compatível com o princípio da legalidade ou, possivelmente represente inadmissível circunvenção à proibição de retroatividade.

II. As deficiências do conceito positivista de direito associado à fórmula de Radbruch

1. Inicialmente dedicar-me-ei ao conceito jurídico-filosófico de direito esboçado na fórmula de *Radbruch*. Alexy – quase cinquenta anos depois, na época do "acerto de contas" jurídico com a segunda ditadura alemã – desenvolveu a tentativa de *Radbruch* de modificar a concepção positivista do direito, como forma de eliminar do conceito de direito as piores infâmias de um legislador desumano:

> "O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas promulgadas de acordo com essa constituição e que apresentam um mínimo de

6. BVerfGE 23, 98, 106; 54, 53, 67 e s.

7. BVerfGE 95, 96.

> eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito a fim de satisfazer a pretensão de correção."[8]

Em certo sentido, essa definição é uma combinação – sustentada inicialmente tanto por *Radbruch* como *Kelsen* – da pirâmide normativa que remonta à Constituição com a teoria dos princípios de *Dworkin* ou mesmo com o critério de eficácia[9] de *Max Weber* e com a reserva de validade de *Radbruch* no caso de leis injustas por excelência. Na minha opinião, no entanto, tomando o exemplo da punição pelos Tribunais "alemães conjuntos" ("gesamtdeutsche" *Gerichte*), após a reunificação, das ações praticadas pelo SED, pode ser demonstrado que nem o componente *radbruchiano* nem o *weberiano*, tampouco a combinação realizada por *Alexy*, conduzem a resultados aceitáveis. Por essa razão, o conceito de direito anteriormente mencionado também não é convincente.

a) Com a ideia de limite de validade de "extrema injustiça", proposta por Alexy, é retomada a fórmula de *Radbruch*, a qual não apenas domina completamente a jurisprudência mencionada, como também a discussão jurídico-filosófica sobre o tratamento jurídico dos crimes do SED após a reunificação, além de ter desencadeado abundância quase incontrolável de artigos e monografias[10]. Contudo, isso pode ter acontecido apenas em razão da extraordinária personalidade de *Gustav Radbruchs*, pois, indiferentemente se nos apoiamos na fórmula de *Radbruch* para determinar o "direito ilícito" (*unrichtige Recht*) – segundo a qual a contrariariedade com a justiça atingiria "um nível intolerável" – ou na negação da natureza de direito "onde a justiça sequer é buscada"[11]; o conteúdo semântico dessas formulações, em verdade, é igual a zero.

---

8. ALEXY. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg/München, 1992. p. 201.
9. "Uma ordem deve chamar-se... Direito: quando externamente garantida pela possibilidade de coação (física ou mental) exercida por quadro de indivíduos instituído com a missão de obrigar a observância daquela ordem ou punir a sua transgressão" v. WEBER. Wirtschaft und Gesellschaft, (1921). 5. ed. Tübingen, 1972. p. 17.
10. Conferir, apenas, H. Dreier. Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis, FS-Robert Walter, Wien, 1991. p. 117 e ss.; WASSERMANN. Unrecht durch DDR-Rechtssprechung, FS-Spendel, Berlin/New York, 1992. p. 629, 634 e ss.; KAUFMANN. Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW, 1995. p. 81 e ss.; SALIGER. Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, Heidelberg, 1995; SPRENGER. 50 Jahre Radbruchsche Formel ou: Von der Sprachnot der Juristen, NJ, 1997. p. 3 e ss.; SEIDEL. Rechtsphilosophische Aspekte der "Mauerschützen"-Prozesse, Berlin, 1999. p. 153 e ss.; FUNKE. Überlegungen zu Gustav Radbruchs "Verleugnungsformel". Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff, ARSP 89, (2003). p. 1 e ss.; FORSCHNER. Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen "Mauerschützenurteilen", Online-Dissertation, Tübingen, 2003; ADACHI. Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs, Baden-Baden, 2006; VEST. Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, Tübingen, 2006.
11. RADBRUCH. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ, 1946. p. 105, 107, agora em: KAUFMANN (Coord.). Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, Heidelberg, 1990. p. 83, 89.

aa) A "medida intolerável" da injustiça refere-se ao fato de que a instância externa de julgamento, isto é, o tribunal decisório, "não pode tolerar" a normativa anterior, razão pela qual não a aplica – de sorte que o critério de julgamento é idêntico à consequência jurídica. Formulando de outra maneira, estamos diante de um argumento circular ilógico.

b) Efetivamente, nem mesmo a fórmula subjetiva leva muito longe, pois, naturalmente, a questão de se saber se o legislador anterior "nunca buscou pela justiça" não é decidida a partir de sua perspectiva e de acordo com suas convicções, senão a partir da perspectiva externa do atual julgador do que é justo e do que é insuportavelmente injusto. Uma vez que a perspectiva de justiça interna é negada aos grupos que criaram a legislação em questão e dominaram a sociedade na época (a "elite política"), o critério subjetivo revela-se um pseudo-critério e se refere ao julgamento externo de hoje e, outra vez, à discrepância objetiva entre a normativa anterior e as representações atuais de justiça. Isso se mostrou claramente, na jurisprudência do BGH, no tratamento jurídico-penal das atrocidades cometidas pelo SED. Esse tratamento,[12] na segunda fase da jurisprudência, com o auxílio da fórmula de *Radbuch*, desconsiderou o caráter jurídico dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico socialista, a exemplo do princípio de partidarismo (*Parteilichkeit*), simplesmente porque não se ajustavam à sua própria compreensão de uma ordem jurídica capitalista-liberal[13]. Acontece que isso também nunca foi desejado pelo legislador socialista, justamente porque o direito socialista teve que e quis constituir um contramodelo ao direito capitalista-liberal. À vista disso, por exemplo, o que dizer em relação ao Direito das sociedades antigas, que permitiam a escravidão, ou ao das atuais, que não reconhecem direitos iguais para as mulheres? E em relação aos Estados teocráticos de hoje ou sociedades com meninas ou meninos circuncisados? De acordo com a fórmula de *Radbruch*, seria preciso negar o caráter jurídico de grande parte dos sistemas jurídicos dessas sociedades. Isso deixa claro que a fórmula conduz a uma espécie de imperialismo jurídico, que professa as atuais representações jurídicas do mundo ocidental como a medida de todas as coisas. Como expliquei anteriormente, apesar de a fórmula de *Radbruch*, no tocante aos assassinatos em massa do nacional-socialismo (para o qual, aliás, foi desenvolvida) alcançar o resultado correto, a sua construção argumentativa não o é; por essa razão, também levou a resultados errados na persecução penal do regime-SED realizada pós-reunificação. Exemplificadamente, os juízes da antiga Alemanha oriental foram julgados por prevaricação porque aplicaram em processos laborais o princípio socialista do partidarismo – que representava o núcleo do direito socialista[14] – em vez do princípio da igualdade formal. Ou, ainda, foram condenados por fraude eleitoral

12. Depois de, em uma primeira fase da jurisprudência, o BGH acreditar que a "teoria da interpretação conforme os direitos humanos" poderia se impor frente a disposições legais da Alemanha Oriental, o que era igualmente insustentável porque ignorava a essência da lei socialista, que poderia significar algo distinto do sentido ínsito à própria Alemanha Oriental, vide BGHSt 39, 1, 25, 29; 39, 168, 184; 40, 241, 249 e s.; BGH NStZ, 1995, 401, 403 e para a crítica, SCHÜNEMANN, em: Enquete-Kommission "Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der deutschen Einheit", Bd. II/2, Frankfurt a.M., 1999. p. 1304, 1349 e s.
13. Outras referências em Schünemann (loc. cit., nota de rodapé n. 12), p. 1350.
14. BGHSt. 41, 157, 173 e ss.

porque os resultados das eleições foram manipulados em favor do SED, embora isso correspondesse exatamente à tarefa dos órgãos estatais na República Democrática Alemã (RDA) de impulsionar a construção do socialismo e, portanto, por razões formais, não reconhecer publicamente a proporção de votos contrarrevolucionários e revisionistas[15]. Em verdade, a Justiça Criminal após a reunificação da Alemanha praticou uma aplicação retroativa da lei, o que foi escamoteado com a ajuda da fórmula de Radbruch.

bb) Por outro lado, porém, também não se pode identificar a validade da lei somente com sua eficácia fática ou apoiá-la apenas no critério da implementação fática. *Immanuel Kant* é certamente precursor de uma teoria "ultrapositivista" ("erzpositivistischen" Theorie), a qual identifica o direito com a eficácia fática, nega a ilegalidade em princípio e, com isso, também a punibilidade de atos de violência cometidos por um grupo de poder em uma ditadura. *Kant* formulou expressamente a tese da impunidade "mesmo se o abuso do poder supremo é intolerável"[16], fundamentando-a da seguinte maneira:

> "(O povo) não tem o mínimo direito de punir o chefe supremo em virtude da sua administração anterior; porque tudo o que fez anteriormente na qualidade de chefe supremo deve ser considerado como realizado exteriormente em conformidade com a lei; e ele próprio, considerado como fonte das leis, não pode agir injustamente."[17]

Argumentação semelhante foi levada a cabo, mais tarde, por *Hart*[18] e *Kelsen*[19] e, mais recentemente, conduzida ao extremo por *Jakobs*[20]. Mas essa concepção refuta a si mesma,

15. BGHSt. 39, 54, 68 e ss. Para problemas semelhantes no caso da persecução penal de espiões da DDR após a unificação, o BVerfGE 92, 277, sob determinados pressupostos, derivou um obstáculo processual do princípio da proporcionalidade, em comparação com o qual, em minha opinião, teria sido melhor o uso análogo do direito penal internacional dos prisioneiros de guerra com sua obrigação de serem libertados após a conclusão da paz. Tratar-se-ia de uma regra mais clara resultante do artigo 20 da Convenção de Haia sobre Guerra. (ver Schünemann, em: LAMPE (Coord.). Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung, 1993. S. 173, 188 e s.).
16. KANT. *Die Metaphysik der Sitten*. 2. ed. Königsberg, 1798. p. 207.
17. Loc. cit. (nota de rodapé n. 16), p. 208, comentário.
18. H.L.A. Hart. Positivism, p. 593 e ss. = na tradução alemã em: HART. Recht und Moral, Göttingen 1971. p. 17 e ss., 44 e s.
19. KELSEN. Reine Rechtslehre. 2. ed., Wien, 1960. p. 13, 43; idem, Die Grundlage der Naturrechtslehre, em: ZÖR, 1964. p. 148; idem: Allgemeine Theorie der Normen, Wien, 1979. p. 117. Instrutivo sobre a discussão jurídico-filosófica desde então, KUHLEN. Normverletzung. Freiburg, 1990. p. 76 e s.; KÜHL. Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, em: Köbler (Coord.). Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars tradendo immoradoque aequitatem sectandi, Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, Gießen 1990. p. 355 e ss.
20. JAKOBS. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, em: Isensee (Coord.). Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin, 1992. p. 37 e ss.; idem: Untaten des Staates – Unrecht im Staat, Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?, GA, 1994. 1 e ss. Semelhante a Jakobs quanto aos resultados, também, GRÜNWALD. Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen, StV, 1991. 31 e ss.; RITTSTIEG. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR, em: DuR, 1991. p. 404 e ss.; ROELLECKE. Schwierigkeiten mit der Rechtseinheit nach der deutschen

porque, ao identificar o direito com a pura faticidade de determinado exercício de força, acaba por identificar o Estado com um bando de ladrões no sentido de Santo Agostinho[21]. Essa concepção encontra dificuldades diante de situações em que, por exemplo, vários "bandos de ladrões" operam praticamente no mesmo território, como outrora acontecia com o governo em Roma e a máfia de Palermo.

III. Notas para um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado

1. Portanto, para forjar um conceito de validade do direito que não faça parecerem lícitos os piores crimes de um regime terrorista, tampouco – após uma revolução – coloque a persecução penal retrospectiva do antigo regime a serviço dos novos donos da força, nem a mera validade factual da norma no sentido da probabilidade sancionatória de *Max Weber* nem a fórmula vazia de *Radbruch* são adequadas. Em vez disso, considero relevantes dois outros critérios, em princípio verificáveis empiricamente e, portanto, muito mais confiáveis. Refiro-me aqui aos meus antigos trabalhos sobre a persecução dos crimes praticados pelo SED[22], a saber: a *comunicação pública da norma*, como elemento fundamental do direito enquanto ordem social de valores, que já podemos observar nas chamadas sociedades acéfalas (aquelas não regidas por um poder central); e a *compatibilização dessa ordem publicamente comunicada*, com a cultura da sociedade a respeito da qual a norma é reivindicada. Com esses critérios, o direito não é reduzido somente à letra morta plasmada na lei, tampouco ao comportamento arbitrário de um pequeno bando de poder, mas sim fundamenta-se na quinta-essência dos valores jurídicos e das regras de comportamento reconhecidas em determinada sociedade. E a tese de *Jakobs*, verdadeiramente predestinada como *exemplum crucis*, segundo a qual, por meio da ordem secreta de *Hitler* para a eliminação de judeus, esses teriam sido excluídos da zona de proteção dos crimes de homicídio, de modo que os seus assassinatos estariam em conformidade com a lei vigente do Terceiro Reich[23], evidentemente não satisfaria as condições jurídicas fundamentais que acabei de assinalar. Do mesmo modo que a tirania de um grupo poderia apagar uma cultura que medrou ao longo dos séculos, as convicções jurídicas e as normas sociais de comportamento

Wiedervereinigung, NJW 1991. 660 e s.; PAWLIK. Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der "Mauerschützenprozesse", em: Gerechtigkeit, Rechtsphilosophische Hefte II, Frankfurt a.M., 1993. p. 95 e s.; idem: Straf-recht und Staatsunrecht, GA, 1994. p. 472 e ss.; Merkel, Politik und Kriminalität, em: UNSELD (Coord.). Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland, Frankfurt a.M., 1993. p. 298 e ss.

21. Em: De Civitate, IV 4, Padeborn/München/Wien/Zürich, 1979, e sobre isso, Ignor, em: ADOMEIT (Coord.), Rechts- und Staatsphilosophie I, Heidelberg, 1992. p. 183 e ss.
22. Loc. cit. (nota de rodapé n. 12), bem como em: Pawlowski/Roellecke (Coord.). Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats. ARSP-Beiheft Nr. 65, 1996. p. 97 e ss.
23. JAKOBS. Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, em: ISENSEE (Coord.). Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin, 1992. p. 37 e ss.; idem, GA 1994. p. 1 e ss.

enraizadas em uma sociedade com milhões de pessoas poderiam ser profundamente transformadas por uma dominação de poder. Menos ainda isso pode ser feito por meio de uma ordem secreta que se oculta de gigantesca maioria e que, em virtude de seu sigilo, sequer tem a pretensão, de influenciar a cultura jurídica da sociedade em questão. As leis raciais de Nuremberg, do Estado nacional-socialista, tão infames como hoje nos parece[24], eram leis vigentes do Estado nacional-socialista, como parte da regular comunicação pública do direito e como uma renovação, integrável sem dificuldades na cultura alemã, da habitual – nos séculos anteriores – exclusão da população judaica. E o mesmo se aplica à Lei da polícia do povo (*Volkspolizeigesetz*[25]) da República Democrática da Alemanha (RDA), comunicada e proclamada publicamente, a qual permitia, sob certos pressupostos, o uso de arma de fogo contra fugitivos do regime.[26] Em contrapartida, a prática secreta do massacre dos judeus durante o Estado nacional-socialista não poderia, em absoluto, parecer parte integrante da ordem jurídica; o mesmo vale em relação ao secreto "impedimento, a qualquer preço, do cruzamento de fronteiras na Alemanha Oriental".[27]

24. Por essa razão, *Radbruch*, no posfácio da nova edição de a "Filosofia do Direito", elaborada após a Segunda Guerra Mundial e publicada apenas postumamente, quer negar-lhes o "título honorífico de direito", vide loc. cit. (nota de rodapé n. 3). p. 194.
25. (N.T) Lei de 11 de junho de 1968 que disciplinava os deveres e permissões da polícia do povo. Em seu § 17, n. 2, por exemplo, era considerado justificado o uso de arma de fogo justificado: "a) Para prevenir a iminente prática ou continuação de um crime que pareça, de acordo com as circunstâncias, constituir: um crime contra a soberania da República Democrática Alemã, a paz, a humanidade ou os direitos humanos; um crime grave contra a República Democrática Alemã; um crime grave contra a pessoa; crime grave contra a segurança pública ou a ordem do Estado; qualquer outro crime grave, especialmente o cometido com armas de fogo ou explosivos; b) Para impedir a fuga de pessoas ou recapturar pessoas: que sejam fortemente suspeitos de terem cometido um crime grave ou que tenham sido detidos ou encarcerados pela prática de um crime grave...; c) Contra pessoas que tentem por meios violentos libertar ou ajudem a libertar pessoas detidas, presas ou condenadas à prisão pela prática de crime grave ou contravenção".
26. Retirada da lei a partir de 1982, vide. BGHSt 40, 243. Com a ajuda da Fórmula de Radbruch, o BGH declarou esse dispositivo ineficaz (*unwirksam*) (BGHSt 40, 241, 242 e ss. e em jurisprudência reiterada), enquanto o Tribunal Constitucional, surpreendentemente, se manifestou no sentido de "que a situação jurídica foi sobreposta por ordens de superiores que não deixavam espaço algum para limitar o uso de armas de fogo segundo os parâmetros do princípio da proporcionalidade e transmitiu aos membros das tropas de fronteira que a ideia dos seus superiores, em última análise, do Conselho de Defesa Nacional, era que os violadores de fronteira deveriam ser 'aniquilados' se o cruzamento da fronteira não pudesse ser impedido por outros meios. A subordinação do direito individual à vida ao interesse do Estado em impedir a passagem da fronteira levou ao descaso do direito escrito face às exigências de teleolologia política" (vide. BVerfGE 95, 96 item n. 145). Isso redunda na mesma concepção, desenvolvida no texto, da ineficácia das ordens secretas. Entretanto, constitui uma má interpretação das considerações do BGH, segundo o qual o uso de armas de fogo correspondia à interpretação da lei reconhecida na então RDA (BGHSt 40, 243 e s.). De modo semelhante, também o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em sua sentença de 22.3.2001, limitou a análise à ordem categórica de disparar, simplificando, desse modo, o problema (item n. 73 em: NJW, 2001, 3035, 3039).
27. Detalhadamente sobre isso, Schünemann (nota de rodapé n. 12), p. 1351 e ss.

2. É certo que não se deve entregar-se à ilusão da posse, por meio de alusão à cultura, de uma resposta precisa para cada problema a respeito do conteúdo do direito, pois, mesmo em época anterior à sociedade pluralista – e até multicultural –, a cultura geral de uma sociedade é composta de uma série de partes de cultura e subculturas, cujos sistemas de valores podem ser extremamente diferentes. Independentemente disso, entretanto, ao longo da evolução de determinado âmbito cultural cristaliza-se um conjunto de crenças básicas e posições de valor que é comum a todos os estratos culturais, partes de cultura e subculturas e, assim como os bens jurídicos reconhecidos em uma sociedade não são eliminados pelos delitos realizados cotidianamente por milhões de pessoas, aquele conjunto tampouco é eliminado por meio de ocasionais surtos de anacronismos e barbarismos atávicos. Ainda que, no contexto de um conceito de validade jurídica culturalmente orientado, possam surgir casos duvidosos sobre se determinado comportamento está fora da cultura jurídica transmitida e, por isso, constitui um crime; ou, ao contrário, é parte de uma nova cultura jurídica, ainda que essa seja problemática, mas que está se constituindo, então, esses casos duvidosos podem ser dissipados recorrendo-se ao segundo critério, segundo o qual a regular comunicação pública de normas representa o requisito mínimo indispensável para a mudança da cultura jurídica. Isso significa que ordens e maquinações secretas do grupo dominante não podem gerar direito algum reconhecido na sociedade porque o seu próprio sigilo as isola do fluxo de comunicação legalmente relevante.

3. O conceito de direito culturalmente orientado que esbocei aqui – o qual contém a comunicação pública do direito como componente indispensável – oferece um meio confiável para responder à questão sobre quando um tratamento jurídico-penal do passado, que tem lugar após uma derrocada política, limita-se a fazer prevalecer o direito vigente à época da injusta ditadura – que negava a ilicitude da prática violenta – ou quando, ao revés, o direito vigente naquele momento, que é infravalorado a partir da perspectiva atual, é substituído pelo direito justo e, em consequência, realiza-se claramente uma aplicação retroativa da justiça criminal mediante a aplicação desse direito justo. Se se deve permitir tal retroatividade sob certas condições, isso não é uma questão de filosofia jurídica, mas sim uma questão jurídico-dogmática de interpretação do princípio constitucional da legalidade, com o qual, aqui, não posso me ocupar detalhadamente. Gostaria apenas de dizer muito brevemente que a proibição da retroatividade visa, obviamente, a proteger o cidadão como pessoa submetida ao direito (*Rechtsunteworfenen*), mas não o ditador como legislador todo-poderoso. Com efeito, seria um absurdo alguém poder isentar de pena a si próprio. Portanto, a persecução penal de atos de violência nacional-socialistas e comunistas por tribunais na República Federal da Alemanha deveria ter sido analisada nesse plano, ao passo que a estratégia do BGH[28] e do Tribunal Constitucional, de simplesmente se fiarem na fórmula de *Radbruch*, infelizmente não lidou de forma adequada e exaustiva com os problemas jurídico-filosóficos nem com os dogmáticos.

28. (N.T) Abreviação de Bundesgerichtshof. Sacrificando em precisão, mas ganhando em clareza, o BGH corresponde ao nosso STJ.

IV. A coragem do legislador polonês e o fracasso do legislador alemão

No entanto, o reproche ao judiciário alemão a esse respeito deve ser brando, pois esse foi deixado em maus lençóis pelo legislador na questão da persecução penal dos crimes praticados no regime da RDA com a sua interminável cadeia de dificílimos problemas jurídico-constitucionais, jurídico-penais e político criminais. Na Polônia, por outro lado, o próprio legislador decidiu as delicadas questões prescricionais na Constituição e no Código penal[29]. O legislador alemão, por outro lado, manteve-se omisso sobre esse problema, assim como sobre outra questão, talvez ainda mais complicada, a saber: sob quais pressupostos há "continuidade do injusto" (Unrechtskontinuität) entre os crimes do direito penal socialista da RDA e aqueles da República Federal que autoriza recorrer ao direito da RDA (e, portanto, exclui o efeito retroativo que de outro modo seria ameaçador e inadmissível). Isso, em ambos os casos, obrigou a jurisprudência a encontrar soluções complicadas e dogmaticamente contestáveis, sobre as quais não posso aprofundar aqui[30]. Em todo o caso, parece-me não se poder negar a seguinte conclusão de natureza global: o jovem Estado de direito polonês – por meio da "divisão do trabalho" entre legislação e justiça – encontrou solução melhor para o "tratamento jurídico-penal" dos crimes do antigo regime comunista do que a República Federal da Alemanha, isenta de qualquer concepção de solução em nível legislativo. É por essa razão que também estou feliz por mostrar meu respeito pelo Estado de Direito polonês e com calorosa solidariedade acadêmica dedico este pequeno estudo ao seu notável representante, *Andrzej Zoll*.

V. Referências

ADACHI, Hidehiko. *Die Radbruchsche Formel: eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*. Baden-Baden: Nomos, 2006.

ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Karl Alber, 1992.

DREIER, Horst. *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis*. In: MAYER, Heinz. Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag. Wien: Manzsche Verlag, 1991. p. 117-135.

FORSCHNER, Steffen. Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen "Mauerschützenurteilen". Dissertation, Tübingen, 2003. Disponível em: [https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/handle/10900/43690].

FUNKE, Andreas. Überlegungen zu Gustav Radbruchs "Verleugnungsformel". Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 89, n. 1, (2003). p. 1-16.

GRÜNWALD, Gerald. Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen. *Strafverteidiger*, 1991, p 31-37.

29. Sobre isso, detalhadamente, ZOLL. ZStW 107 (1995). p. 135 e ss.; WEIGEND/ZOLL (nota de rodapé n. 2), p. 96 e ss.

30. Para uma exposição e crítica exaustiva Schünemann (nota de rodapé n. 12), p. 1304, 1311 e ss., 1319 e ss.

HART, Herbert L. A. *Recht und Moral*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1971.

JAKOBS, Günther. Untaten des Staates: unrecht im StaatUnrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR ? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, p. 1-19.

JAKOBS, Günther. *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*. In: ISENSEE, Josef. (Coord.). Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 37-64.

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. 2. ed. Königsberg: Nicolovius, 1798.

KAUFMANN, Arthur. Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995, p. 81-85.

KELSEN, Hans. *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz, 1979.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. ed. Wien: Franz Deuticke, 1960.

KÜHL, Kristian. *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*. In: KÖBLER, G.; HEINZE, M.; SCHAPP, J (Coord.). Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars tradendo immoradoque aequitatem sectandi, Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag, Gießen 1990, p. 331-357.

KUHLEN, Lothar. *Normverletzungen im Recht und in der Moral*. In: Kuhlen, Lothar. Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat. Freiburg: Alber. 1990. p. 63-108.

LAMPE, Ernest J. (Coord.). *Deutsche Wiedervereinigung: die Rechtseinheit. Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*. Köln: Heymann, 1993, B. 2.

PAWLIK, Michael. *Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der "Mauerschützenprozesse"*. In: SEELMAN, Kurt (Coord). Gerechtigkeit (Rechtsphilosophische Hefte / Beiträge zur Rechtswissenschaft, Philosophie und Politik). Frankfurt a.M.: Lang, 1993. p. 95-108.

PAWLIK, Michael. Strafrecht und Staatsunrecht: zur strafbarkeit der mauerschützen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1994, p. 472-483.

RADBRUCH, Gustav. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*. Jahrg. 1, Nr. 5, 1946, p. 105-108.

RITTSTIEG, Helmut. Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR. *Demokratie und. Recht*. 19. Jg., Heft 4, 1991, p. 404-421.

ROELLECKE, Gerd. Schwierigkeiten mit der Rechtseinheit nach der Deutschen Wiedervereinigung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, p. 657-661.

SALIGER, Frank. Radbruchsche Formel und Rechtsstaat. Heidelberg: Müller, 1995.

SEELMANN, Demko. Rechtsphilosophie. 5. ed. München: Beck, 2010.

SEIDEL, Knut. *Rechtsphilosophische Aspekte der "Mauerschützen"-Prozesse*, Berlin: Duncker und Humblot, 1999.

SPRENGER, Gerhard. 50 Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen. *Neue Justiz*, 1997, p. 3-7.

v. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1972.

UNSELD, Siegfried. (Coord.). *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1993.

VEST, Hans. *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

WASSERMANN, Rudolf. *Unrecht durch DDR-Rechtsprechung*. In: SEEBODE, Manfred (Coord.). Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag. Berlin: de Gruyter, 1992, p. 629-653.

ZOLL, Andrzej. Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Polen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 107, n. 1, 1995, p. 134-142.

ZOLL, Andrzej; WEIGEND, Ewa. *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht – Polen*. In: ESER, Albin. (Coord.). Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Freiburg im Breisgau: Ed. iuscrim, Bd. 5, 2002.

ZOLL, Andrzej. *Die Idee des "Gerechten Rechts" und das Strafrecht*. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; WEIGEND, Ewa. Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1993, p. 87-100.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP), de René Ariel Dotti – *RBCCrim* 121/251-289; e
- Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, de Odone Sanguiné – *RBCCrim* 31/144-169 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/357-387.

O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal

The concept of culpability as a judicial circumstance of article 59 of the Criminal Code

Fernando B. S. Fischer

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) / Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Professor de Direito Penal do Curso de Pós-graduação da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito na Comarca de Curitiba/PR (TJ-PR).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4996885196638598].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-0935-2144].
fernandobardelli@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515853].

Recebido em: 30.04.2023
Aprovado em: 28.09.2023
Última versão do autor: 13.10.2023

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Não há consenso sobre o conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, pois a doutrina e a jurisprudência brasileiras divergem sobre seu significado, seja o aproximando da noção de culpabilidade como elemento do delito (remetendo à ideia de um poder agir de outro modo), seja o aproximando da noção de culpabilidade para individualização da pena (remetendo à ideia de grau de reprovação da conduta). O presente artigo, mediante revisão bibliográfica, pretende oferecer uma resposta a esse problema, cuja solução passa pelo estudo dos significados que o termo "culpabilidade" adquire na dogmática estrangeira e pela análise dos fundamentos da

Abstract: There is no consensus on the concept of culpability as a judicial circumstance of Article 59 of the Criminal Code, as Brazilian doctrine and jurisprudence differ on its meaning, whether approaching the notion of culpability as an element of the crime (referring to the idea of a possibility of doing otherwise), or approaching the notion of culpability to individualize the punishment (referring to the idea of the degree of blame of the conduct). This article, through a bibliographical review, intends to offer an answer to this problem, the solution of which involves studying the meanings that the term "culpability" acquires in foreign dogmatics and analyzing the foundations of the individualization of punishment.

individualização da pena. Ao final, conclui-se que a culpabilidade como circunstância judicial reclama a consideração de axiomas empíricos, de modo que sua aproximação à noção reprobatória culminaria num argumento circular de "reprovação da reprovação", sugerindo-se, portanto, que sua base conceitual se fundamente em elementos factuais que denotem maior ou menor possibilidade de agir conforme a norma.

Palavras-chave: Axioma empírico – Circunstância judicial – Culpabilidade – individualização da pena – Semântica jurídica.

In the end, it is concluded that culpability as a judicial circumstance demands the consideration of empirical axioms, so that its approach to the notion of reprobation would culminate in a circular argument of "disapproval of reprobation", suggesting, therefore, that its conceptual basis is based on in factual elements that denote greater or lesser possibility of acting in accordance with the norm.

Keywords: Empirical axiom – Judicial circumstance – Culpability – Sentencing, Semantics of law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Distintos significados do termo "culpabilidade". 3. Fundamentos da individualização da pena. 4. Culpabilidade como circunstância judicial. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A culpabilidade, como uma das oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fundamental para a determinação da pena base na primeira fase do sistema brasileiro de individualização da pena, apresenta um dos conceitos jurídicos mais nebulosos e controversos do ordenamento jurídico nacional, o que acarreta uma série de incertezas e hesitações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência em geral.

O atual Código Penal, que entrou em vigor em 1940, previa, na redação original do então art. 42, as seguintes circunstâncias judiciais: os antecedentes, a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime. A culpabilidade só entrou no rol de circunstâncias judiciais a partir da reforma do Código Penal de 1984, que passou a disciplinar a matéria mediante a nova redação do art. 59, responsável por substituir as antigas circunstâncias de "intensidade do dolo ou grau de culpa" pelo hodierno axioma da culpabilidade.

Para que se possa contextualizar o cenário dessa mudança legislativa, cabe lembrar que um dos intuitos da reforma de 1984 era modernizar o Código Penal – que fora primariamente edificado sob a influência da teoria casualista da ação –, remodelando-o de acordo com a teoria finalista da ação. Ocorreu que, assim como o Código Penal de 1940 foi inspirado na escola positivista, que experimentou seu zênite na segunda metade do século XIX, a reforma de 1984 teve como inspiração a escola finalista, cujo alvorecer se deu na Alemanha da década de 1930, a partir dos trabalhos de Hans Welzel. Ou seja, essa tardia reforma do Código Penal já nasceu anacrônica, uma vez que, naquele período, a dogmática europeia no sistema de *civil law* já se encontrava sob a égide do pensamento das escolas funcionalistas, que ascenderam a partir da década de 1970.

Há de se destacar que, nos anos 1980, sem o atual nível de acesso à informação viabilizado pela rede mundial de computadores, tanto em relação à velocidade de disseminação de novos pensamentos quanto em relação ao volume de conteúdo hoje disponível, a sedimentação de conceitos jurídicos era muito mais lenta e precária. A grande maioria dos juristas brasileiros daquela época, até então familiarizada com o significado da expressão "culpabilidade" como o terceiro elemento do conceito analítico de delito, deparou-se com um novo emprego desse termo derivado da positivação da culpabilidade como circunstância judicial do procedimento de individualização da pena.

Como era de se esperar, grande parte da doutrina e da jurisprudência que sucedeu tal reforma do Código Penal passou a associar o sentido de "culpabilidade como circunstância judicial" com o conceito de "culpabilidade como categoria do delito", atribuindo-lhe um significado que se aproximava da noção de capacidade de agir conforme o direito, ou seja, de uma possibilidade de agir de outro modo[1]. Contudo, com o maior intercâmbio de informações vivenciado nas décadas seguintes, o direito penal brasileiro começou a se deparar, cada vez mais, com o conceito de culpabilidade previsto no § 46 do Código Penal Alemão e empregado no procedimento de individualização da pena, qual seja, a noção de culpabilidade como "grau de reprovação da conduta". Paulatinamente, o entendimento de que o significado da culpabilidade como circunstância judicial estaria atrelado à reprovabilidade da conduta foi ganhando corpo no meio jurídico brasileiro, a ponto de se tornar dominante tanto na seara doutrinária quanto na seara jurisprudencial dos dias atuais[2]. Tal concepção foi, inclusive, objeto de um relatório sobre "Dosimetria da Pena", elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e publicado no ano de 2022, que conceitua a circunstância judicial da culpabilidade da seguinte forma:

> "Para fins de aplicação da pena, vista como uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a culpabilidade é compreendida como o grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada, levando em conta as especificidades fáticas do delito e as condições pessoais do agente no contexto da prática delitiva, o que permite concluir pelo menor ou maior grau de censura do comportamento do réu." (CNJ, 2022, p. 43).

Entretanto, ainda não há um consenso estabelecido sobre o conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, havendo julgados que a relacionam ao grau de reprovação da conduta, mas também julgados que a relacionam à possibilidade de agir de outro modo. Aliás, a insegurança jurídica sobre o tema é tamanha, a ponto de ser extremamente comum a adoção de terceiras vias doutrinárias, que, ao se referirem à análise da culpabilidade do art. 59 do Código Penal, podem: a) mesclar as noções de grau de

1. Nesse sentido: BOSCHI, 2013, p. 157-160; GALVÃO, 1995, p. 141-144. No mesmo sentido, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: RHC 65.488-6/SP; HC 77.056-1/SP; HC 117.719/RN; RHC 117.488/RJ.
2. Nesse sentido: BUSATO, 2022, p. 608-609; SOUZA, 2006, p. 131-133; JESUS, 2001, p. 556; PRADO, 2000, p. 456. No mesmo sentido, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: HC 85.297/RJ; RHC 94.907-0/DF; RHC 113.544/MS; HC 132.990/PE; RHC 201.795/DF; HC 73.097-3/MS; RHC 122.870/AL.

reprovação e de culpabilidade como elemento do delito[3]; b) manter vinculado seu significado às antigas circunstâncias de intensidade do dolo e grau de culpa[4]; c) sustentar que seu significado remete ao conjunto de outras circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal[5]; ou d) negar seu papel como circunstância judicial específica, sustentando que deveria funcionar como critério reitor do procedimento de individualização da pena como um todo[6].

Portanto, mesmo quando eleita uma das abordagens, é possível perceber alto grau de incerteza na fixação desse conceito, em alguns casos exteriorizado em lacônicas citações que carecem de um satisfatório nível de aprofundamento dogmático. Além disso, nota-se que as fronteiras conceituais dos entendimentos anteriormente mencionados não são muito bem delimitadas, sendo muito frequente a combinação desses fundamentos tanto em julgados quanto em obras doutrinárias[7]. Tal problemática se mostra, na prática, ainda mais perniciosa, pois, em meio a tanta indefinição, grande parte das obras doutrinárias que se posiciona acerca do conceito de culpabilidade como circunstância judicial não é capaz de fornecer ao julgador uma diretriz de como instrumentalizar tal conceito no procedimento de individualização da pena[8].

Diante desse panorama, a pesquisa bibliográfica ora apresentada tem o escopo de fornecer ao julgador brasileiro um conceito de culpabilidade como circunstância judicial que se mostre instrumental dentro do sistema de individualização da pena e, ao mesmo tempo, coerente com o arcabouço teórico que sustenta a dogmática penal. Para a construção desse conceito, todavia, faz-se necessária uma inicial incursão histórico-dogmática sobre os diversos significados conferidos ao termo "culpabilidade", seguida do estudo da sistemática

3. Nesse sentido: BITENCOURT, 2020, p. 1834; CAPEZ, 2011, p. 478; MIRABETE, 2002, p. 293.
4. Nesse sentido: GOMES, 2007, p. 126-128. Também fazem menção à possibilidade de avaliação de intensidade do dolo e grau de culpa: BITENCOURT, 2020, p. 1834; CAPEZ, 2011, p. 478; MIRABETE, 2002, p. 293.
5. Nesse sentido: NUCCI, 2015, p. 158; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 710; REALE JÚNIOR; DOTTI; ANDREUCCI; PITOMBO, 1987, p. 160.
6. Nesse sentido: CARUNCHO; BERCLAZ, 2014, p. 57-69; BUSATO, 2022, p. 608-609; SANTOS, 2008, p. 568-571; TAVARES, 2011, p. 121-152; TEIXEIRA, 2015, p. 131.
7. Note-se que diversas obras foram citadas mais de uma vez nas notas de rodapé pregressas, associados a entendimentos dogmáticos distintos. Não se trata de equívoco, mas de uma opção metodológica que indica a combinação de fundamentos encontrada em um mesmo autor, uma vez que, pela limitação de extensão do presente trabalho, não é possível apresentar a transcrição de todos os entendimentos mencionados.
8. Contradizendo tal regra, Tatiana Stoco (2019, p. 71-73 e 249-251) apresenta um vigoroso estudo sobre "Culpabilidade e medida da pena", sustentado que "o critério da culpabilidade para a medida da pena não é idêntico ao conceito sistemático". A autora propõe a superação do critério de mensuração da culpabilidade baseado na dimensão da reprovabilidade, substituindo-o pela dimensão "do dano ao portador do bem jurídico lesado ou ameaçado", de modo a promover uma individualização da pena proporcional ao fato. Imprescindível mencionar, também, a substancial proposta de Adriano Teixeira (2015, p. 134-135), que igualmente abandona a tradicional noção de reprovabilidade para entender a culpabilidade referida no art. 59 do Código Penal no sentido de injusto culpável, baseado no reconhecimento dos elementos do delito como categorias graduáveis.

Fischer, Fernando B. S.. O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 121-141. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515853].

geral de individualização da pena, para que se possa compreender a natureza jurídica das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

2. Distintos significados do termo "culpabilidade"

O primeiro passo para se estabelecer o conceito de culpabilidade como circunstância judicial requer o estudo dos diversos significados atribuídos, pela dogmática jurídico-penal, ao termo "culpabilidade". Considerando o célebre aforismo de Wittgeinstein (2008, p. 204), no sentido de que "os problemas filosóficos têm origem quando a linguagem tem um momento de festa", é possível deduzir que muitos dos problemas dogmáticos em direito penal também decorrem de confusões no uso de expressões técnicas[9].

À vista disso, torna-se imprescindível a referência à pesquisa de Achenbach (1974, p. 2-14), que, na primeira seção de sua obra sobre a culpabilidade como elemento do delito, apresenta a distinção das três funções que o termo "culpabilidade" exerce na dogmática penal alemã. Embora as acepções de "culpabilidade" guardem vínculo de sentido em suas respectivas origens, os posteriores desenvolvimentos conceituais autônomos implicaram a identificação de três níveis funcionais que o termo "culpabilidade" adquiriu no âmbito histórico-dogmático.

O primeiro nível funcional identificado por Achenbach é o que ele chama de "ideia de culpabilidade" (*Schuldidee*), que se aproxima, em muito, da noção consagrada pelo princípio da culpabilidade em direito penal, segundo o qual dispõe que "não há pena sem culpabilidade". Tal conceito ideal de culpabilidade está vinculado ao plano do dever ser, oferecendo um preceito de essência jurídico-filosófica que antecede às regras de responsabilização positivadas pela lei penal.

Buscando a genealogia do castigo, Nietzsche (2014, p. 677) observa que a origem da punição estava relacionada à noção de compensação do dano e, apenas posteriormente, com a emergência do cristianismo e da ideia de livre-arbítrio, a punição passou a se relacionar à noção de responsabilidade pessoal, suscitando a aparição do "máximo sentimento de culpabilidade". Sabe-se que a ideia de livre-arbítrio foi fulcral para a estruturação, no século XVIII, da filosofia moral kantiana, que propôs que a responsabilidade pelas ações e suas consequências só pode ser imputada ao sujeito considerado livre e cuja conduta seja submetida a uma obrigação previamente conhecida (KANT, 2013, p. 27-34).

Influenciada por esse pensamento iluminista, a dogmática do século XIX lapidou o princípio da culpabilidade com o escopo de subordinar a aplicação da pena aos limites da responsabilidade pessoal do agente, afastando tanto a responsabilização objetiva em matéria penal quanto as punições que transcendem a esfera individual do apenado (que inclui sua vida, seu corpo, sua liberdade e seus bens). Foi nesse período que a escola clássica de direito penal consolidou, como um dos principais requisitos da punição, a prévia verificação

9. A problemática adquire maiores proporções quando se está diante do conceito de culpabilidade, que, nas palavras de Hassemer (1984, p. 270), trata-se de "um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal".

da culpa (em sentido amplo) do agente, manifestada na forma de dolo ou de culpa em sentido estrito (imprudência) (FEUERBACH, 1847, p. 153-154).

Atualmente, considerando que as penas que transcendem a pessoa do agente são plenamente incompatíveis com os ditames dos contemporâneos Estados Democráticos de Direito[10], a principal função do princípio da culpabilidade é vedar a responsabilidade objetiva em matéria penal. Trata-se de um postulado de natureza político-jurídica que limita a responsabilização criminal, com base em reflexões morais e filosóficas sobre as fronteiras da atribuição. Portanto, a ideia de culpabilidade permeia os ordenamentos jurídicos a partir da Contemporaneidade, refletindo valores liberais que restringem a responsabilização de acordo com as percepções gerais de justiças vigentes em cada sociedade.

O segundo nível funcional do termo "culpabilidade", que historicamente despontou na dogmática penal, é a culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*), que dispõe que a punição deve observar a medida da culpabilidade referida no desvalor de ação e de resultado (ACHENBACH, 1974, p. 4). Se o princípio da culpabilidade condiciona a responsabilização penal à verificação da culpabilidade do agente, o corolário racional desse postulado prescreve que a severidade da punição deve estar limitada aos níveis de responsabilidade individual.

Uma vez que a imposição de penas passa a se fundar na responsabilização pessoal do agente, informada pela culpabilidade, a quantidade de pena deve refletir a gravidade do delito, mensurada de acordo com o grau de censura social que incide sobre a conduta criminosa. Eis que nasce o conceito de culpabilidade para a individualização da pena, que hoje é amplamente entendido na doutrina e na jurisprudência como o "grau de reprovação da conduta do agente". Em verdade, trata-se de um juízo de valor (um juízo de reprovação) que recai sobre a culpabilidade do agente e que também é por ela limitado, cuja função é relacionar a severidade da pena ao nível de censura sobre a responsabilidade do agente quanto ao delito e suas consequências.

Justamente por corresponder a um juízo de valor, um reproche, a culpabilidade para a individualização da pena não é um atributo do agente, mas sim um parâmetro valorativo que orienta o julgador. Consequentemente, tem-se que o conceito de culpabilidade para individualização da pena tem natureza metafísica, já que sua essência deriva da pauta de valores vigentes e não do sujeito que praticou delito (como uma qualidade que lhe seria intrínseca). Por conta dessa característica, a culpabilidade para a individualização da pena seria mais bem definida como "reprovação na medida da culpabilidade", com ênfase no termo "reprovação", tendo em vista seu conteúdo de censura, que exige a incidência em determinados elementos factuais.

Por fim, o terceiro nível funcional do termo "culpabilidade" diz respeito à culpabilidade como fundamento da pena (*Strafbegründungsschuld*), que representa a concepção da culpabilidade como categoria da teoria do delito (ACHENBACH, 1974, p. 4-5). Considerando o consagrado conceito analítico de delito na tradição de *civil law*, que compreende o crime

10. O art. 5º, inc. XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado".

como "conduta típica, antijurídica e culpável", essa acepção de culpabilidade se refere ao último elemento desse conceito tripartite.

Assim como ocorreu com a culpabilidade para a individualização da pena, a culpabilidade como elemento do delito também teve sua origem atrelada ao princípio da culpabilidade, uma vez que o dolo e a culpa (imprudência), na primeira metade do século XIX, eram entendidos como fundamentos intelectuais do delito, relacionados à vontade do agente (FEUERBACH, 1847, p. 99). Com o posterior desenvolvimento da teoria do delito, já na tradição de *civil law* da segunda metade do século XIX, e sob a influência da teoria causal-naturalista da ação, o delito passou a ser dividido analiticamente em duas partes: a parte objetiva, compreendida pela ação injusta exteriorizada (conduta típica e antijurídica), e a parte subjetiva, representada pela culpabilidade. Naquela época, sob o respaldo da teoria psicológica da culpabilidade – que a conceituava como o vínculo subjetivo entre o fato criminoso e o agente –, o dolo e a culpa, que até então eram condições principiológicas para a imposição de penas, passaram a ser considerados espécies de culpabilidade (BELING, 2002, p. 65-72; BETTIOL, 2000, p. 125; LISZT, 1917, p. 387-395).

Essa estrutura analítica do delito da tradição de *civil law* do século XIX, que o dividia em parte objetiva (injusto) e parte subjetiva (culpabilidade), assemelha-se à atual estrutura analítica do delito da tradição de *common law*, que o divide em *actus reus* e *mens rea*. Enquanto *actus reus* representa a ação delitiva exteriorizada e suas consequências, *mens rea* – cuja tradução literal do latim é "mente culpada" – representa aspectos do agente que o vinculam ao delito, tais como: *intent*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. Tal semelhança se evidencia ainda mais a partir da utilização, pela dogmática de *common law*, do termo *culpability* para relacionar essas categorias entendidas como subjetivas (*intention*, *knowledge*, *recklessness*, *negligence*) (ASHWORTH; VON HIRSCH, 2005, p. 36-41; DUFF, 2001, p. 135-136). Não por acaso, ao traduzir os conceitos da teoria tripartite do delito de origem alemã para a língua inglesa, Fletcher (2007, p. 50-52) denomina *culpability* a culpabilidade como elemento do delito. Por outro lado, o que mais se aproxima do conceito de culpabilidade para a individualização da pena na tradição de *common law* é a expressão *blameworthiness*, também manejada na individualização da pena e que igualmente apresenta significado de juízo de censura, qualificando o grau de desaprovação social sobre determinada ofensa (FLETCHER, 2007, p. 264; VON HIRSCH, 2017, p. 4).

Todavia, o conceito de culpabilidade como elemento do delito experimentou uma evolução histórico-dogmática de forma consideravelmente independente dos conceitos do princípio da culpabilidade e da culpabilidade para a individualização da pena, dada à alternância de escolas penais de natureza ontológica e axiológica que, ao longo dos dois últimos séculos, remodelaram a teoria do delito na tradição de *civil law*. Com a sucessão da Escola Positivista pela Escola Neokantista, no início do século XX, desenvolveu-se a teoria psicológico-normativa da culpabilidade, responsável por introduzir elementos normativos na culpabilidade como elemento do delito, aflorando sua natureza reprobatória (FRANK, 2004, p. 40-41; FREUDENTHAL, 2003, p. 98-100; GOLDSCHIMIDT, 2002, p. 137-138). Nesse período, além da imputabilidade (que passou de requisito para elemento da culpabilidade), do *dolus malus* (composto por vontade, consciência factual e consciência da ilicitude)

e da culpa (imprudência), a inexigibilidade de conduta conforme o direito começou a integrar o conceito de culpabilidade, sendo seu mais puro elemento normativo. Finalmente, ainda na primeira metade do século XX, a aurora da Escola Finalista trouxe a teoria normativa da culpabilidade, que deslocou o dolo e a culpa para a tipicidade, redefinindo a estrutura da culpabilidade sob um viés essencialmente normativo: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta conforme o direito (WELZEL, 1956, p. 147-188).

Ainda nos dias atuais, a culpabilidade como elemento do delito ostenta um conceito essencialmente normativo, que analisa a capacidade de o agente atuar conforme o direito, baseando-se na ideia de liberdade de escolha. Ou seja, trata-se de uma condição de responsabilização do agente, que se funda na possibilidade de agir de outro modo. Por conta dessa noção, a culpabilidade como elemento do delito também é considerada um fundamento e um pressuposto da pena, uma vez que não faria sentido punir alguém privado da faculdade de respeitar a norma penal de conduta.

Pois bem; feita essa breve distinção entre os três tradicionais significados que o termo "culpabilidade" encontra na dogmática penal da tradição de *civil law*, permanece o questionamento acerca da natureza da culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, própria do ordenamento jurídico brasileiro. Ora, se já há um tradicional conceito de culpabilidade para a individualização da pena, consolidado em nossa tradição de *civil law* e positivado em muitos códigos e diplomas legais internacionais[11], é intuitivo deduzir que a culpabilidade prevista no art. 59 do Código Penal, que também faz parte da dinâmica de individualização da pena, compartilha o mesmo significado. Não por acaso, uma prestigiada parcela da doutrina nacional, por estar atenta a essa distinção dos níveis funcionais do termo "culpabilidade", trazida do direito comparado, endossa o entendimento de que a culpabilidade como circunstância judicial deve ser interpretada nos moldes da culpabilidade para a individualização da pena, ou seja, entendida como o grau de reprovação sobre a conduta do agente[12].

Entretanto, a solução para esse problema não é tão simples quanto aparenta, pois só é possível chegar a uma resposta conclusiva a partir de um estudo da dinâmica do procedimento de individualização da pena. Só após a devida compreensão dos fundamentos e dos institutos que regrem a individualização da pena é que se torna recomendável realizar uma análise consistente da real natureza da culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal.

3. Fundamentos da individualização da pena

O clássico estudo de Günter Spendel (1954, p. 191-193) foi responsável por um grande avanço dogmático na compreensão do procedimento de individualização da pena, ao

11. O Código Penal Alemão, em seu § 46, e o Código Penal Federal Mexicano, em seu art. 52, expressamente preveem que o juiz deve individualizar a pena baseado na culpabilidade do agente.

12. *Vide* nota de rodapé n. 2.

apresentar uma das primeiras teorizações sobre os fundamentos que regem tal prática judicial, identificando três espécies de fatores determinantes: reais, finais e lógicos. De acordo com esse autor, o fundamento real (*Realgrund*), ou *ratio essendi*, representaria os elementos ônticos sobre os quais recairia a apreciação do juiz, a exemplo das circunstâncias fáticas do delito e das características pessoais do agente. O fundamento final (*Zweckgrund*) corresponderia aos fins almejados com a aplicação da pena, ao passo que o fundamento lógico (*logischer Strafzumessungsgrund*) seria a *ratio cognoscendi* encarregada de vincular todos esses pressupostos da individualização da pena.

Em termos simplificados, pode-se deduzir que a atividade de um julgador, ao individualizar uma pena, corresponde à análise de situações fáticas, sobre as quais recai um juízo de valor que afere a gravidade do delito, visando à determinação de uma pena adequada, em termos de qualidade e de quantidade, aos fins almejados pelo sistema penal. A partir dessa enunciação, uma leitura atual desse procedimento implica o reconhecimento de três grandes grupos de fundamentos da individualização da pena: fundamentos ontológicos, fundamentos teleológicos e fundamentos axiológicos (FISCHER, 2023, p. 14-17).

Toda sentença criminal parte da análise de um caso concreto, do qual são extraídos subsídios fáticos submetidos a um procedimento formal de instrução probatória, construído sob a observância do contraditório e da ampla defesa. Uma vez concluída a instrução processual e apreciados os elementos probatórios, o juiz pode atribuir veracidade a determinas circunstâncias fáticas, que passarão a compor a decisão na condição de axiomas empiricamente verificáveis. Esses axiomas empíricos, quando submetidos à valoração no juízo de individualização da pena, constituem o fundamento ontológico de tal procedimento.

É muito comum que tanto os Códigos Penais, na tradição de *civil law*, quanto os Guias de Sentença, na tradição de *common law*, ofereçam rol de circunstâncias que podem ou devem ser apreciadas pelo juiz durante a individualização da pena. Normalmente, tais circunstâncias estão relacionadas ao fato criminoso (*v. g.* circunstância de tempo e local do delito, consequências do delito, uso de artefato perigoso etc.) ou ao agente do delito (*v. g.* antecedentes criminais, exercício de cargo ou função, idade etc.). Diante dessas normativas, o fundamento ontológico da individualização da pena se constitui quando os axiomas empíricos se subsomem às circunstâncias abstratamente previstas, formando um panorama factual sobre o qual incidirá um juízo de valor.

Já o fundamento teleológico da individualização da pena é composto pelos princípios distributivos de direito penal, que nada mais são do que os objetivos imediatos da pena manejados no procedimento de determinação da sanção. Trata-se da operacionalização dos tradicionais fins da pena – tais como: retribuição, dissuasão geral, dissuasão especial, neutralização, ressocialização, integração etc. – na individualização da pena, como o escopo de efetivá-los a partir da pena concretamente aplicada. No sistema penal brasileiro, o fundamento teleológico se encontra positivado na parte final do art. 59, *caput*, do Código Penal, que dispõe que o juiz deve determinar a pena de forma necessária e suficiente para "reprovação e prevenção do crime".

Note-se que é possível que mais de uma finalidade da pena seja contemplada em um sistema jurídico-penal, podendo ocasionar conflitos entre princípios distributivos

antagônicos no momento de individualização da pena, as denominadas antinomias dos fins da pena (DEMETRIO CRESPO, 1999, p. 73-91). Um clássico exemplo de antinomia penal é o da dependência química do agente imputável que comete pequenos delitos patrimoniais para sustentar seu vício. Sob uma perspectiva preventivo-especial, o axioma empírico da dependência química pode gerar maior propensão à prática delitiva e uma consequente necessidade de reforço da sanção. Por outro lado, sob uma perspectiva retributiva, o mesmo axioma empírico da dependência química pode reduzir a liberdade de escolha do agente e, por conseguinte, diminuir a reprovabilidade de sua conduta, impondo um abrandamento da sanção[13]. Tais antinomias só podem ser solucionadas, no caso concreto, com a plena consciência do julgador acerca dos fundamentos que orientam o procedimento de individualização da pena e dos fins erigidos pelo sistema penal ao qual está submetido.

Por derradeiro, cumpre apontar que o procedimento de individualização da pena implica um indefectível juízo de valor por parte do julgador, afinal requer o emprego de conceitos ordenatórios (*Ordnungsbegriffe*) e não meramente classificatórios (*Klassenbegriffe*), que permitem a disposição dos fenômenos individuais de acordo com suas medidas, reconhecendo suas propriedades graduáveis (HEMPEL; OPPENHEIM, 1936, p. 10-43). Assim, mostra-se indispensável o recurso a elementos valorativos na individualização da pena, seja para orientar a análise de um axioma empírico em direção a uma finalidade penal, seja para limitar a punição em nome de outros princípios caros ao ordenamento jurídico. Esses elementos valorativos que integram o fundamento axiológico da individualização da pena se dividem em dois grupos: parâmetros de valor e princípios garantidores (FISCHER, 2023, p. 68-69).

Os parâmetros valorativos são modelos de valoração que incidem sobre os axiomas empíricos, voltados a orientar o juízo de individualização da pena na direção dos objetivos imediatos perquiridos pelo sistema penal. Dito de outro modo, os parâmetros valorativos são responsáveis por guiarem a análise do fundamento ontológico em observância aos fins prescritos pelo fundamento teleológico da individualização da pena.

Dessa forma, dentro da dinâmica do procedimento de individualização da pena, uma vez estabelecidos os axiomas empíricos que serão objeto de apreciação pelo julgador, os parâmetros valorativos entrarão em cena para mensurar o grau de afetação da circunstância fática no caso concreto, buscando a identificação da posição do caso analisado em uma escala de gravidade de delitos. Posteriormente, por meio do critério equalizador da proporcionalidade ordinal, o julgador encontrará a equidistante pena em uma escala de severidade de sanções (VON HIRSCH, 2017, p. 56-58). Portanto, os parâmetros valorativos incidem sobre a apreciação dos axiomas empíricos para a determinação da gravidade do

13. Partindo-se da premissa de que a dependência química pode comprometer, em certa medida, a liberdade de escolha do agente (GARCIA-MIJARES; SILVA, 2006), tal axioma empírico se mostra relevante à análise da imputabilidade. Nesse sentido, Demetrio Crespo (1999, p. 174) pondera que: "por ejemplo una imputabilidad reducida se valora atenuatoriamente desde el punto de vista de la expiación porque la culpabilidad subyacente es menor, y sin embargo, podría valorarse agravatoriamente desde la prevención especial, por indicar una mayor peligrosidad".

delito, que informará a pena adequada ao caso concreto mediante o emparelhamento entre a escala de gravidade dos delitos e a escala de severidade das penas.

O problema é que a noção de "gravidade do delito" não é consensual, podendo receber diversas acepções ao longo da história jurídico-penal. Por exemplo: para Feuerbach (1799, p. 131), a gravidade do delito é determinada objetivamente pela importância dos direitos violados ou ameaçados e subjetivamente pela periculosidade e pela intensidade dos motivos sensíveis do ofensor; para Ihering (1911, p. 303), a gravidade do delito é informada pelo valor objetivo do bem lesionado e pelo risco subjetivo da lesão; para von Hirsch (2017, p. 23), a gravidade do delito tem como elementos principais o grau de nocividade da conduta (ou periculosidade) e a extensão da culpabilidade do agente; para Duff (2001, p. 135), a gravidade do delito geralmente é considerada a partir do dano e da culpabilidade; e para Hörnle (2003, p. 36), a gravidade do delito depende da responsabilidade objetiva (dano) e da responsabilidade subjetiva (as intenções e graus de imprudência) acrescida da culpabilidade individual. Embora sejam inúmeras as formulações dogmáticas sobre a gravidade do delito, é possível resumi-las em três vetores de medição, que podem ser combinados ou não, a depender da opção sistêmica: a dimensão da ofensa, o grau de reprovação da conduta, e o nível de periculosidade.

Refletindo esses vetores apresentados, os parâmetros valorativos também podem ser reunidos em três grandes grupos: parâmetros orientados pela lesão a interesses penalmente tutelados, parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal e parâmetros orientados pelo risco. Os parâmetros orientados pela lesão foram os primeiros parâmetros teorizados, mensurando a gravidade do delito a partir da dimensão do dano causado, com enfoque na perspectiva das vítimas. Dentre os diversos parâmetros orientados pela lesão encontrados na doutrina, é possível citar: o ressentimento despertado no ofendido (SMITH, 1992, p. 104-105), o imerecido mal causado (KANT, 2013, p. 138), o dano gerado (HEGEL, 1997, p. 90-93), a lesão ao bem-jurídico, a vantagem indevida (*unfair-advantage*) (DAVIS, 1993, p. 133-156; MORRIS, 1968, p. 476-478), os interesses de bem-estar (*welfare interests*) (FEINBERG, 1984, p. 42-58), o padrão de vida (*living standard*) (JAREBORG; VON HIRSCH, 2005, p. 186-219), a qualidade de vida (*quality of life*) (PERŠAK, 2016, p. 225-245) etc.

O segundo grupo, dos parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal, extrai o fundamento punitivo da ideia de liberdade do agente e da necessidade de responsabilização por seus atos. Desde os dogmas do direito canônico assentados na noção de livre-arbítrio, até a noção iluminista de liberdade como condição do agir moral kantiano, a capacidade de responsabilização pessoal serviu como um baldrame para a punição. E se tal capacidade pode justificar a punição, é natural que muitos sistemas punitivos adotem o grau de responsabilidade como parâmetro para mensurar a gravidade do delito. Assim, de acordo com essa perspectiva, são exemplos de parâmetros orientados pela responsabilidade pessoal: culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*), *blameworthiness*, e noções mais amplas de responsabilidade (*liability*) que, além dos aspectos subjetivos, também envolvem aspectos objetivos.

O último grupo de parâmetros, que essencialmente está vinculado a finalidades preventivas da pena, é formado pelos parâmetros orientados pelo risco, que medem a gravidade

do delito praticado a partir de uma projeção futura sobre a probabilidade de cometimento de novos delitos. Basicamente, esse grupo é formado por duas espécies de parâmetros: a periculosidade social, relacionada a noções preventivo-gerais de risco de cometimento de delitos por pessoas indeterminadas da coletividade, e a periculosidade criminal, relacionada a noções preventivo-especiais de risco de reincidência do agente condenado (LYRA, 1958, p. 218).

Contudo, os parâmetros valorativos não são os únicos componentes do fundamento axiológico da pena, pois há outros valores que intervêm na determinação da sanção além daqueles voltados à efetivação dos objetivos penais. Conforme assevera Hart (2008, p. 181-183), os fins das penas, a exemplo da prevenção de delitos, não podem ser considerados objetivos dominantes do ordenamento jurídico, aos quais todos os institutos do direito devem se submeter. Uma série de outros valores, oriundos de princípios morais que subjazem às doutrinas vigentes, esteiam garantias dos cidadãos em face do Estado, impondo barreiras principiológicas ao *ius puniendi*, que podem ou não estar expressamente positivadas nos sistemas jurídicos (DWORKIN, 1977, p. 12-13). Esses preceitos, de essência liberal, quando incorporados ao procedimento de individualização da pena, adquirem natureza jurídica de princípios garantidores, entre os quais se encontram: princípio da legalidade, princípio da culpabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da intervenção mínima, princípio do *ne bis in idem* etc. Tais princípios garantidores trazem elementos axiológicos ao procedimento individualização da pena voltados a limitar a punição em nome de noções gerais de justiça compartilhadas em sociedade[14].

Diante dos fundamentos apresentados que regem o procedimento de individualização da pena, é possível, neste momento, tirar duas conclusões úteis para o presente estudo: a culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*), entendida como o grau de reprovação da conduta, tem natureza de parâmetro valorativo orientado pela responsabilidade pessoal, e o princípio da culpabilidade, que impede a responsabilização objetiva em matéria penal, tem natureza de princípio garantidor quando aplicado no de individualização da pena. Ambos os conceitos compõem os fundamentos axiológicos da individualização da pena.

4. CULPABILIDADE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL

Segue em aberto, todavia, o significado de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, existindo, conforme já referido, duas interpretações de seu conceito encontradas na doutrina e na jurisprudência do Brasil: a primeira, que se aproxima da noção de culpabilidade como elemento do delito e fundamento da pena (*Strafbegründungsschuld*), e a segunda, que se aproxima da noção de culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*).

14. Segundo Feinberg (1990, p. 148), a pena baseada na prevenção de danos não impede que suas regras de aplicação incluam componentes morais baseados em uma concepção de justiça.

Antes de mais nada, cumpre compreender o papel da culpabilidade como circunstância judicial no procedimento de individualização da pena e, para isso, faz-se necessário rememorar como esse instituto jurídico ingressou no sistema penal brasileiro, mais especificamente na forma de norma positivada pelo art. 59 do Código Penal. Tal digressão é fundamental, pois não há referência de outro sistema jurídico-penal estrangeiro que tenha empregado, de forma similar, um conceito de culpabilidade nos moldes de circunstância judicial a ser analisada pelo juiz durante a individualização da pena.

De acordo com o anteriormente mencionado, a culpabilidade como circunstância judicial debuta no ordenamento jurídico pátrio em substituição às antigas circunstâncias judiciais da intensidade do dolo e do grau da culpa, a partir da reforma de 1984 do Código Penal, que pretendeu conferir um – já defasado – viés finalista a um diploma legal erigido sob influência positivista. Não é demais lembrar que, antes da escola finalista, o dolo e a culpa estavam relacionados à culpabilidade como elemento do delito e, só após o advento de tal escola, foram deslocados para o conceito de tipicidade. Portanto, se o dolo e a culpa deixaram de fazer parte do conceito de culpabilidade como elemento do delito com a ascensão da teoria normativa da culpabilidade, era esperado que o legislador, almejando dar uma orientação finalista ao Código Penal, substituísse a análise do dolo e da culpa na individualização da pena por uma análise mais ampla da culpabilidade. Embora não tenha sido expressa essa opção original do legislador, é possível vislumbrar, a partir dessa perspectiva histórico-sistemática, uma aproximação do significado de culpabilidade como circunstância judicial com a noção de culpabilidade como elemento do delito.

Tal inclinação originária em direção à culpabilidade como elemento do delito, todavia, ainda é dúbia, pois a Exposição de Motivos 211 de 1983, atinente à reforma de 1984 do Código Penal, em seu item 50, assim dispõe: "Preferiu o Projeto a expressão 'culpabilidade' em lugar de 'intensidade do dolo ou grau de culpa', visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena". Apesar de a culpabilidade para a individualização da pena (*Strafzumessungsschuld*) ser entendida como o "grau de reprovação da conduta", desde a teoria psicológica-normativa, a culpabilidade como elemento do delito também passou a ser entendida, prevalentemente, como um juízo de censura incidente sobre o comportamento do agente, sob a perspectiva de sua capacidade de agir conforme a norma (FRANK, 2004, p. 40-41; FREUDENTHAL, 2003, p. 98-100; GOLDSCHIMIDT, 2002, p. 137-138; WELZEL, 1956, p. 148-150; JESCHECK, 1978, p. 574-581; WESSELS, 1976, p. 82-86)[15]. De qualquer forma, não é de se esperar uma aguçada precisão técnica do

15. Apesar de a disseminada associação da culpabilidade como elemento do delito com a noção de reprovação, há de se mencionar a existência de propostas de superação de tal entendimento. Destaca-se, na doutrina estrangeira, o pensamento de Hassemer (1999, p. 110-117), que rechaça a possibilidade de se avaliar a culpabilidade do réu, no caso concreto, de forma independente dos demais fatores externos que influenciam a prática delitiva. Por sua vez, na doutrina nacional, destaca-se o posicionamento de Tatiana Stoco (2019, p. 71), que sustenta que o modelo de culpabilidade baseado na reprovabilidade ou carece de referência do que é reprovável, ou busca conteúdo em inacessíveis elementos subjetivos do agente. Ainda sobre tal polêmica, adotando uma perspectiva de atribuição de significado baseada na filosofia da linguagem, Paulo Busato (2011, p. 80-82) compreende a

legislador ao se ocupar com conceitos jurídicos complexos, como é o caso da culpabilidade, principalmente considerando que a reforma do código ficou a encargo de uma comissão extensa de juristas, o que reduz a probabilidade de uma estrita coesão discursiva.

Embora as antigas circunstâncias judiciais de intensidade do dolo e grau de culpa tenham sido suprimidas do sistema de penas nacional, sua análise para fins de individualização da pena não se mostra deveras arrazoada, havendo, inclusive, menções de Hörnle (2003, p. 71) a essa possibilidade, bem como estrita previsão legal no Código Penal Português[16]. E mesmo a adoção de uma perspectiva normativa da culpabilidade como elemento do delito, *per se*, não gera óbices a sua análise para fins de individualização da pena, valendo mencionar que tal possibilidade de graduação para mensuração da responsabilidade penal foi expressamente indicada tanto por Frank (2004, p. 28-30) quanto por Goldschmidt (2002, p. 124-125), dois precursores da concepção normativa de culpabilidade.

A partir dessas observações, é possível concluir que não há vedações conceituais à análise da culpabilidade como elemento do delito no procedimento de individualização da pena, pois, ainda que tal instituto jurídico seja objeto de apreciação pelo juízo de imputação sob uma perspectiva classificatória, nada impede sua utilização pelo juízo de individualização da pena sob uma perspectiva ordenatória. Os elementos do delito, conforme assevera a mais abalizada doutrina[17], admitem graduação, pois não são conceitos estanques, de modo que sua apreciação para fins de individualização da pena não implica, por si só, ofensa ao princípio do *ne bis in idem* (FISCHER, 2020, p. 79-96). Mesmo diante da respeitável corrente doutrinária que defende que uma concepção normativa de culpabilidade (no sentido de um dever de agir em conformidade com a norma) não comportaria valorações acima dos limites definidores de seu conceito, incidindo apenas para redução da pena (HÖRNLE, 2003, p. 58-75; STOCO, 2019, p. 71-73), a viabilidade da consideração da culpabilidade como elemento do delito no juízo de individualização da pena estaria confirmada.

Retomando a análise da dinâmica de individualização da sanção penal, evidencia-se que a culpabilidade como circunstância judicial exerce papel no fundamento ontológico da pena. Tal qual as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (*v. g.* consequências do delito, conduta social do agente, comportamento da vítima etc.), a culpabilidade reclama a subsunção de um axioma empírico, ou seja, trata-se de uma norma cuja avaliação está condicionada à verificação de determinada situação fática revelada por

culpabilidade como "pretensão de reprovação", consubstanciada numa expressão de sentido que atribui ao agente a possibilidade de atuar conforme a norma no caso concreto.

16. Código Penal Português, artigo 71º, 2: "Na determinação concreta da pena o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: (...) b) A intensidade do dolo ou da negligência;".

17. Nesse sentido, Teixeira (2015, p. 122) afirma que: "No plano do injusto, deve-se esclarecer primeiramente que os elementos ou as elementares dos tipos penais não são unidades estáticas que apenas constituem os pressupostos básicos da incriminação, mas sim conceitos graduáveis, ou seja, também constituem objeto da aplicação da pena. Isso não constitui violação da proibição da dupla valoração ou do *ne bis in idem* (...)". No mesmo sentido: BELING, 2002, p. 23-24; CEREZO MIR, p. 781-788; FEIJOO SÁNCHEZ, 2007, p. 719; HÖRNLE, 2003, p. 49; MAURACH, 1962, p. 79-81.

meio da instrução processual. Toda circunstância que compõe o fundamento ontológico do procedimento de individualização da pena (*v. g.* circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, majorantes e minorantes) necessita ser integrada por um substrato factual, que pode estar relacionado ao fato delitivo ou a uma característica do agente. Logo, enquanto a culpabilidade para individualização da pena e o princípio da culpabilidade compõem o fundamento axiológico da individualização da pena, respectivamente funcionando como parâmetro valorativo e como princípio garantidor, a culpabilidade como circunstância judicial ostenta a natureza de um dos fundamentos ontológicos desse procedimento. Isso posto, desvelada a natureza da culpabilidade como circunstância judicial, ainda resta o questionamento: seu significado se aproxima do conceito de culpabilidade para individualização da pena ou de culpabilidade como elemento do delito?

Conforme já demonstrado, a culpabilidade para individualização da pena é, essencialmente, um juízo de valor orientado pela responsabilidade pessoal do agente e que se destina a mensurar a gravidade do delito a partir da análise do grau de reprovação que recai sobre a conduta. Esse caráter axiológico se revela a partir de seu emprego como parâmetro valorativo no procedimento de individualização da pena, realçando a índole de censura que permeia seu conceito. Porém, é justamente essa natureza reprobatória que impossibilita o uso da culpabilidade para a individualização da pena como circunstância judicial.

Sendo um juízo de valor, a culpabilidade para individualização da pena depende de um receptáculo factual sobre o qual deve incidir, uma vez que se trata de uma avaliação sobre algum fato que não se sustenta em si mesma. Quando se julga, julga-se algo, e o emprego da culpabilidade como parâmetro valorativo requer a existência de um axioma empírico capaz de revelar o nível de desaprovação sobre determinada conduta delitiva. A utilização de um fundamento axiológico da pena como fundamento ontológico o tornaria inócuo, uma vez que lhe faltaria um substrato empiricamente verificável.

O entendimento da circunstância judicial "culpabilidade" como o "grau de reprovação da conduta", sem qualquer correspondência factual, suscitaria a pertinente crítica de Grosse-Wilde (2017, p. 95-115) acerca do argumento circular que acomete uma concepção autorreferente de culpabilidade: estar-se-ia reprovando a reprovação. Deve-se ressaltar que a censura recai sobre condutas delitivas, que, para fins analíticos, passam a ser decompostas em diversas circunstâncias normativas dentro do sistema de individualização da pena. Ao se considerar – equivocadamente – uma dessas circunstância como "grau de reprovação da conduta", em verdade não se reprova nada, pois lhe faltaria um axioma empírico capaz de consubstanciar tal juízo de desaprovação.

Há uma evidente incompatibilidade lógica na interpretação da culpabilidade do art. 59 do Código Penal como "grau de reprovação da conduta", pois sua essência ontológica se opõe à natureza axiológica da culpabilidade como parâmetro valorativo. É em virtude dessa incongruência que, mesmo entre os que defendem que o conceito de culpabilidade como circunstância judicial estaria vinculado à reprovabilidade da conduta, nunca foi apresentada, de forma clara e precisa, uma maneira de operacionalizar tal entendimento na prática de individualização da pena. Em vez disso, percebe-se um justificável desconforto doutrinário em aceitar a redução de um parâmetro valorativo de ordem geral – tido por muitos como o

principal parâmetro de individualização da pena – numa mera circunstância judicial, entre tantas outras de semelhante hierarquia (SANTOS, 2008, p. 568-571). Portanto, o conceito de culpabilidade como circunstância judicial não pode se relacionar à noção de culpabilidade para a individualização da pena, tendo em vista que tal acepção tornaria seu conceito vazio, desprovido de funcionalidade e de racionalidade.

Por sua vez, a noção de culpabilidade como elemento do delito se mostra capaz de fornecer o substrato fático apto a conferir sentido à culpabilidade como circunstância judicial. Isso é possível, porque, ainda que concebida com natureza normativa, a culpabilidade como elemento do delito exige uma referência factual que viabilize a análise da possibilidade de agir de outro modo, durante o juízo de imputação do delito. A diferença metodológica se dá, contudo, na forma de apreciação fenomênica, pois, enquanto o juízo de imputação toma tais substratos fáticos sob a lógica classificatória do tudo ou nada (ou o agente é culpável, ou não é), o juízo de individualização da pena adota a lógica ordenatória, organizando os fenômenos de forma hierarquizada a refletir a gravidade concreta do delito[18].

Diante disso, o significado de culpabilidade como circunstância judicial pode ser extraído do conceito de culpabilidade como elemento do delito, por meio dos axiomas empíricos que indiquem maior ou menor exigibilidade de conduta conforme o direito. Portanto, aproximando-se da noção de culpabilidade como elemento do delito, pode-se delimitar o seguinte conceito: *culpabilidade como circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal compreende os axiomas empíricos, incluindo situações factuais e condições pessoais, que denotem maior ou menor condição do agente de adequar sua conduta em conformidade à norma penal de comportamento*.

Sob essa perspectiva, é possível retomar o exemplo da dependência química anteriormente mencionado e inferir que tal situação, em verdade, corresponde a um axioma empírico que se amolda perfeitamente à culpabilidade como circunstância judicial, pois o vício em drogas é uma condição fática que pode afetar a liberdade de o agente de adequar sua conduta à norma de comportamento. Aliás, sobre essa circunstância pode incidir tanto o parâmetro de valor da culpabilidade para a individualização da pena (com enfoque no grau de reprovação) quanto o parâmetro de valor da periculosidade criminal (com enfoque no risco de reincidência), a depender do viés finalístico conferido pelo julgador ou pelo sistema.

5. Conclusão

Considerando que a culpabilidade prevista como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal não foi legalmente concebida a partir de um conceito autônomo, seu significado

18. O entendimento ora preconizado se aproxima da posição de Salo de Carvalho (2015, p. 350-351), segundo a qual a culpabilidade da teoria do delito e a culpabilidade como circunstância judicial são integradas pelos mesmos elementos, porém, enquanto a primeira se vale de um critério qualitativo de análise, a segunda se vale de um critério quantitativo, que busca aferir "(a) qual a extensão da imputabilidade; (b) qual o nível de consciência da ilicitude; e (c) qual a medida de exigibilidade de outra conduta".

está vinculado a algum outro sentido preexistente do termo "culpabilidade". Por conta de uma decorrente imprecisão linguística, dois entendimentos acerca do conceito de culpabilidade como circunstância judicial se difundiram entre a doutrina e a jurisprudência no Brasil: o primeiro se aproxima da noção de culpabilidade como elemento do delito, entendida como possibilidade de agir conforme o direito, e o segundo se aproxima da noção de culpabilidade para individualização da pena, entendida como o grau de reprovação da conduta.

A pesquisa histórico-dogmática do termo "culpabilidade" na tradição penal do sistema de *civil-law* revela o desenvolvimento de três acepções distintas dessa expressão, que adquiriam certo grau de autonomia conceitual: o princípio da culpabilidade, que veda a responsabilidade objetiva em matéria penal; a culpabilidade para a individualização da pena, que mede o grau de censura que recai sobre a conduta delitiva; e a culpabilidade como elemento do conceito analítico do delito, que atua como pressuposto e fundamento da pena.

A compreensão do procedimento de individualização da pena, que implica a valoração de circunstâncias fáticas em busca de uma pena adequada a uma finalidade penal, permite a identificação de seus fundamentos axiológicos, ontológicos e teleológicos. A partir dessa dinâmica, é possível chegar a três conclusões sobre os diferentes papéis que o termo "culpabilidade" assume no procedimento de individualização da pena:

a) A culpabilidade para a individualização da pena cumpre a função de parâmetro valorativo, dentro dos fundamentos axiológicos da pena, orientando o julgador na avaliação da gravidade do delito a partir do grau de reprovação da conduta.

b) O princípio da culpabilidade cumpre a função de princípio garantidor, dentro dos fundamentos axiológicos da pena, limitando a severidade da punição em respeito a valores superiores de justiça vigentes no ordenamento jurídico.

c) A culpabilidade como circunstância judicial cumpre a função de axioma empírico, dentro dos fundamentos ontológicos da pena, representando um substrato factual do caso concreto, sobre o qual deve recair um juízo de valor.

Diante dessa sistematização, a noção derivada do conceito de culpabilidade para a individualização da pena se mostra incompatível para integralizar o significado da culpabilidade como circunstância judicial, sob pena de se incorrer em um argumento circular e substancialmente vazio, de "reprovação da reprovação". De modo diverso, a noção derivada do conceito de culpabilidade como elemento do delito carrega consigo um substrato factual no juízo de imputação do delito, que pode ser satisfatoriamente transportado ao juízo de individualização da pena.

Conclui-se, por consequência, que o conceito de culpabilidade como circunstância judicial está atrelado à noção de axioma empírico, pois reclama a consideração de situações factuais do caso concreto que indiquem variáveis níveis de exigência de atuação em conformidade com a norma penal. Sobre a circunstância judicial "culpabilidade", entretanto, é possível incidir o parâmetro valorativo da culpabilidade para a individualização da pena, a fim de avaliar maior ou menor grau de censura sobre o axioma empírico, que revelará maior ou menor possiblidade de agir conforme o direito.

Fischer, Fernando B. S.. O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 121-141. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515853].

6. Referências bibliográficas

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

ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*: parte geral. Trad. Edméia Gregório dos Santos. Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BUSATO, Paulo César. Apontamentos sobre o dilema da culpabilidade penal. *Revista liberdades*, n. 8, p. 45-87, set.-dez. 2011.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CARUNCHO, Alexey Choi; BERCLAZ, Márcio Soares. Culpabilidade. In: BUSATO, Paulo César (Coord.) *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 57-69.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*: fundamentos e aplicação judicial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal, parte general*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório GT*: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022.

DAVIS, Michael. Criminal desert and unfair advantage: What's the connection? In: *Law and Philosophy*, v. 12, n. 2, p. 133-156, May 1993.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

DUFF, Robin Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2007.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*: the moral limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 1990. v. 4.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichese Rechts*. Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1799. v. 2.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847.

FISCHER, Fernando Bardelli Silva. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. *Revista Judiciária do Paraná*, n. 20, p. 79-96, 2020.

FISCHER, Fernando Bardelli Silva. *Individualização comunicativa da pena*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

Fischer, Fernando B. S.. O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 121-141. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515853].

FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law*: American, comparative, and international. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.
FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidade*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.
FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2003.
GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
GARCIA-MIJARES, Miriam; SILVA, Maria Teresa Araujo. Dependência de drogas. *Psicologia USP*, 17(4), p. 213-240, 2006.
GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*. 2. ed. Trad. Margarethe de Goldschmidt e Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: B de F, 2002.
GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. v. 2.
GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung*: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility*: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008.
HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. F. Muñoz Conde e M. Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936.
HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodrígues Serra, 1911.
JAREBORG, Nils; VON HIRSCH, Andreas. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: ASHWORTH, Andrew; VON HIRSCH, Andreas. *Proportionate sentencing*: exploring the principles. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 186-219.
JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978. v. 1.
JESUS, Damásio E. *Direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.
KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1917. t. II.
LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.
MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*: parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

MORRIS, Herbert. Persons and punishment. In: *The monist*, v. 52, n. 4, p. 475-501, October 1968.

NIETZSCHE, Friedrich. Zur Genealogie der Moral. In: *Gesammelte Werke*. Köln: Anaconda, p. 615-737, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PERŠAK, Nina. Using "quality of life" to legitimate criminal law intervention: gauging gravity, defining disorder. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Ed.). *Liberal criminal theory*: essays for Andreas von Hirsch. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 225-245.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 456.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

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

SPENDEL, Günter. *Zur Lehre vom Strafmaß*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1954.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena*: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

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

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

VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral, aspectos fundamentais. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. In: *Tratado lógico-filosófico / Investigações filosóficas*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 1.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A necessidade da individualização das condutas nas ações de improbidade administrava como garantia constitucional do demandado: uma análise interdisciplinar entre direito penal, direito processual penal e direito administrativo sancionador, de Filipe Maia Broeto Nunes – *RT* 1012/21-37;
- Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 171/89-129;
- Estética processual, garantias fundamentais e dosimetria da pena: por uma fase processual para individualização da pena, de Cristiano Duro – *RBCCrim* 174/177-198;
- Os fatores distintivos na aplicação da pena e seus critérios práticos, de Guilherme de Souza Nucci – *RT* 1007/257-277; e
- Valoração das consequências do delito na determinação da pena, de Fernando Bardelli Silva Fischer – *RT* 1037/143-171.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 59 do Código Penal.

Fischer, Fernando B. S.. O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 121-141. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515853].

Por uma dogmática penal socialmente orientada

Towards a socially oriented criminal dogma

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor livre-docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP. Doutor e Mestre pela Universidade de São Paulo. Esteve à frente da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005-2007) e do Departamento de Modernização Judiciária do mesmo órgão (2003-2005). Foi membro efetivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e das Comissões de Juristas instituídas na Câmara dos Deputados para revisão da Lei de Drogas (2019) e no Senado Federal para a revisão da Lei do *Impeachment* (2022).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2010889300740486].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-8531-468X].
pierpaolo@btadvogados.com.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515892].

Recebido em: 25.07.2023
Aprovado em: 24.08.2023
Última versão do autor: 27.11.2023

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O artigo tem o objetivo de apontar o problema do distanciamento da dogmática penal atual dos problemas concretos que se apresentam cotidianamente aos tribunais, o que contribui para o casuísmo e a falta de consistência das decisões judiciais e sua contribuição para o acirramento da desigualdade social. Perpassando por questões específicas, como os crimes omissivos, a antijuridicidade, a obediência hierárquica e a insignificância, o artigo propõe, ao final, que a realidade social seja inserida nas construções dogmáticas, a exemplo do que Roxin propôs para a política criminal nos anos 1960.

Palavras-chave: Dogmática penal – Política social – Princípio da isonomia – Crimes de omissão – Legítima defesa – Obediência hierárquica – Insignificância.

Abstract: The article aims to discuss the distance between the criminal science from reality, from the cuurent quesitons presented to the judges daily, wich contributes to the lack of consistence of decisions and to promote social inequality. Going throught specific issues, as omission crimes, legitimate defence, hierarchical obedience and the insignificante principle, the article proposes the insertion of social reality issues in the criminal science, the same way Roxin proposed for criminal policy in the 1960s.

Keywords: Criminal science – Social politics – Social equality – Omission crimes – Legitimate defense – Hierarchical obedience – Insignificance principle.

Sumário: 1. Introdução. 2. Algumas linhas sobre a dogmática penal. 3. Por uma dogmática socialmente orientada. 4. Da dignidade e da igualdade como critérios teleológicos. 5. Problemas concretos. 5.1. Contextos de omissão imprópria. 5.2. Contextos de causas de justificação. 5.3. Contexto da culpabilidade. 5.4. O contexto da insignificância. 6. Conclusão. 7. Referências.

"Mas o ser humano é tão apaixonado pelo sistema e pela conclusão abstrata, que é capaz de fazer-se cego e surdo para justificar sua lógica."

Dostoiévski

1. Introdução

O[1] presente artigo trata de questões atuais sobre política criminal, e parte da proposta de Claus Roxin de perpassar a dogmática por considerações político-criminais para sugerir, ao final, que questões relacionadas à realidade social brasileira sejam levadas em consideração para a construção dos institutos científicos que estruturam a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

2. Algumas linhas sobre a dogmática penal

A *dogmática* é a organização sistemática do pensamento penal. É a disciplina da criação, categorização e integração de princípios e institutos jurídicos com o objetivo de facilitar a *compreensão e aplicação* das normas e garantir alguma segurança e previsibilidade à prestação jurisdicional. Sua função é definir parâmetros para medir e sugerir a *consistência* do trabalho hermenêutico e criar os contornos do *juridicamente possível*, pelos quais um problema possa ser solucionado sem *exceções perturbadoras*[2]. Tem o escopo de conferir *racionalidade* à interpretação da lei e diminuir o *improviso* em sua aplicação, criando pautas de *previsibilidade*, facilitando o exame de casos e fixando bases para a identificação de problemas, soluções e para o desenvolvimento do direito[3].

No campo penal, são frutos da dogmática os elementos da teoria do delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), os critérios fundantes da punibilidade, as teorias da pena e outros conceitos e institutos voltados à racionalização da aplicação da norma e à contenção da violência do arbítrio e do casuísmo.

1. Agradecimentos a Davi Lafer Szuvarcfuter e a Marina Brecht pelo auxílio no trabalho de pesquisa que tornou possível o presente artigo.

2. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito.* São Paulo: Atlas, 2010. p. 18.

3. ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 209, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992. p. 43.

A dogmática penal alcançou uma sofisticação imensa nos últimos 200 anos, resultante de debates profundos sobre a *natureza da ação humana* e sobre questões complexas de *causalidade, tipicidade* e *culpabilidade.* Foram desenvolvidas teses elaboradas sobre o *erro*, o conteúdo do *dolo*, as diferentes formas de cooperação no *concurso de pessoas*, entre inúmeros outros temas. Porém, em certo sentido, essa mesma dogmática parece ter se distanciado de sua função de orientação do intérprete na solução de questões concretas. Se a dogmática é resultado da conversão dos fundamentos de semelhança entre os casos em critérios relacionais[4], parece que sua matéria-prima deveria ser a *realidade concreta*, os *conflitos* expressos ou subjacentes que compõem o tecido social para, a partir desse caldo, erguer metodologicamente um sistema.

Não é o que parece ocorrer, em especial, no Brasil. Nossa dogmática, alicerçada nos relevantes institutos desenvolvidos por séculos em países da Europa Ocidental, e que merecem toda a atenção e respeito pela sofisticação e importância na racionalização da aplicação da norma penal, acaba por olvidar que a importação de conceitos exige uma reflexão sobre o ambiente no qual serão reconhecidos e aplicados.

Vivemos em uma sociedade calcada na desigualdade econômica, construída sobre uma estrutura de preconceito racial, de gênero e social, que impacta no funcionamento das agências penais – como a polícia, o Ministério Público, a Magistratura e o sistema penitenciário – conformadas com a existência de poderes paralelos e não institucionais, como o tráfico, a milícia, o coronelismo, a igreja –, muitos deles desafiando o monopólio estatal da violência e da distribuição de Justiça. Todos esses elementos impactam a distribuição da justiça penal, a aplicação da norma, e deveriam ser levados em consideração no momento de construir e fazer funcionar um sistema jurídico que se pretenda racional e equânime. No entanto, a resposta usual do pensamento penal brasileiro para tais questões é o silêncio. As questões reais, com repercussão penal, que perpassam o cotidiano da população, como a violência estatal, os espaços de poder do crime organizado, as dificuldades materiais para o cumprimento de exigências normativas com repercussão criminal não parecem ocupar muito espaço nas reflexões doutrinárias.

Parcela considerável do pensamento jurídico nacional se deita sobre complexas questões de imputação objetiva e subjetiva, temas avançados de concurso de pessoas, ou sobre técnicas de tipificação em diversas searas, mas pouco se debruça sobre questões específicas, que merecem atenção por sua recorrência no cotidiano, como os impactos dos contextos comunitários na cognição do ilícito para fins de erro de proibição, a forma como as complexas realidades de subordinação nas relações de emprego – ou no âmbito das organizações criminosas que atuam em comunidades – que interferem na coação, na inexigibilidade de conduta diversa e na autoria mediata.

Uma passada de olhos em manuais e tratados no Brasil revela tal distanciamento. Não são raras as referências ao direito penal como instrumento de controle social, pautado pela desigualdade e pela brutalidade das agências policiais, mas apenas em espaços introdutórios, como reflexões de cunho político ou criminológico, sem grandes preocupações sobre

4. LUHMANN, Niklas. *Teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 26.

seus impactos sobre os institutos dogmáticos. Quando discorrem sobre os elementos da teoria do delito e os incidentes de aplicação da pena, os conceitos e os exemplos são aqueles desenvolvidos no início do século XX, por Liszt e Beling, com poucas referências aos problemas de ordem hermenêutica que cotidianamente se apresentam nos tribunais pátrios. Ao tratarem da *legítima defesa* ou do *estrito cumprimento do dever legal*, poucos mencionam a violência policial e os autos de resistência, questão central no cotidiano forense. Ao discorrer sobre *crimes omissivos impróprios*, a referência central é a mãe que deixa de alimentar seu filho recém-nascido, quando casos muito mais recorrentes, como o da genitora acusada por estupro omissivo quando o pai ou padrasto abusa sexualmente da filha, sem qualquer resistência da parte daquela que tem o dever de garante, são ignorados. Ao discorrerem sobre o *princípio da insignificância*, poucos analisam a desigualdade na aplicação do conceito de *bagatela* em crimes patrimoniais comuns e delitos de ordem fiscal, discrepância que mereceria os mais abertos debates, diante de uma Constituição que prevê a isonomia como diretriz de aplicação do direito.

O afastamento da dogmática de seu papel de *orientação do intérprete*, seu ensimesmamento, seu olhar exclusivo para questões sistemáticas ou para problemas que não dizem respeito à maior parte da população tem por consequência o fortalecimento da casuística e a falta de controle dos parâmetros de decisão judicial. O magistrado, ao se deparar com problemas concretos não abordados pela doutrina, sem referências teóricas ou parâmetros elaborados com tempo de reflexão sistemática, acaba por responder às pretensões de Justiça de forma casuística, muitas vezes, recorrendo a argumentos sem consistência teórica, como o *senso de segurança comunitária* ou em fórmulas importadas de outros sistemas, como a *teoria do domínio do fato ou a cegueira deliberada*, interpretando-as da maneira como acredita mais adequada.

Espraiam-se a casuística, a decisão *ad hoc*, a supremacia do *caso concreto* sobre a fixação de critérios genéricos, com impacto sobre a *impessoalidade* e a *isonomia*. Mais do que insegurança jurídica, abre-se a porta para a corrupção, para a aplicação diferenciada do direito a depender da qualidade da parte ou sua proximidade com aquele que exerce a função jurisdicional. O resultado de uma *jurisprudência* desatrelada da dogmática e de uma dogmática desatenta aos problemas reais com os quais se deparam os intérpretes judiciais da lei será um modelo de aplicação da norma sem referentes teóricos, cuja legitimidade é corroída pela percepção de uma casuística sem parâmetros, que facilita decisões *ad hoc*, muitas vezes, em benefício de certos grupos de poder ou de interesse.

3. Por uma dogmática socialmente orientada

A dogmática é necessária como instrumento de resistência à aplicação tópica e a casuística do direito penal. Porém, é preciso que o sistema seja funcional, esteja voltado a receber e tratar questões concretas e reais e ofereça parâmetros úteis para orientar a interpretação das normas, sua finalidade última.

Nos anos 6º, Roxin, preocupado com o distanciamento da dogmática dos problemas reais, sugeriu que o sistema dogmático fosse perpassado por questões político-criminais,

a fim de orientá-lo à realização da justiça material[5]. Tal incorporação permitiria o manejo de institutos mais maleáveis, a fim de alcançar resultados mais coerentes com a realidade. Com isso, a dogmática agregaria um aspecto *teleológico*, incorporando em sua própria estrutura elementos de política criminal[6].

Roxin usou tal método para forjar institutos, definir conceitos e produzir estruturas capazes de enfrentar *problemas reais* que se apresentavam naquele momento. Sob essa perspectiva, desenvolveu institutos como os *delitos de infração de dever*, voltados para setores *conformados juridicamente* nos quais o direito protege sua *capacidade de funcionamento*, em que as categorias de *omissão*, de *concurso de pessoas* e da *imprudência* têm incidência própria, e revisitou o conceito de *culpabilidade*, agregando à sua esfera uma ideia de *responsabilidade penal*, atrelada aos *fins da pena*, que também foram apresentados sob uma roupagem político-criminal[7].É possível partir da ideia de Roxin, de um sistema *teleológico*, voltado à solução de problemas concretos, e desenvolvê-la de acordo com nossa realidade social. Não se faz necessária qualquer grande revolução nas estruturas de pensamento já assentadas. O que importa é compreender de que forma os institutos dogmáticos podem ser usados para enfrentar problemas reais e evitar que a aplicação do direito penal seja um instrumento de acirramento das desigualdades sociais, e, se for o caso, moldar seus contornos, criar parâmetros, produzir conceitos, capazes de assegurar a aplicação segura e isonômica da norma penal em uma realidade peculiar como a brasileira.

A incorporação de preceitos político-criminais ao sistema dogmático no Brasil passa pelo reconhecimento de que parte das questões reais relacionados à aplicação da norma penal não é problematizada ou reconhecida como demandante de atenção pelos estudos acadêmicos (como ocorre em diversos casos de omissão imprópria, de legítima defesa ou de obediência hierárquica/coação, mais adiante tratados), e que existem, em diversas situações, distorções na aplicação e interpretação da norma penal que contribuem para o aprofundamento das desigualdades sociais (como acontece com o princípio da insignificância, também adiante analisado).

Orientar o sistema dogmático de forma teleológica no Brasil passa, portanto, por reconhecer uma realidade social específica, com contrastes brutais, e um histórico de apropriação da formulação e da interpretação do direito que – consciente ou inconscientemente – perpetua e acirra tais contrastes. A construção do sistema dogmático deve levar em

5. ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 43.

6. Nesse sentido, ver: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999; LUCA, Heloiza Meroto de. *A política criminal como critério teleológico da dogmática penal.* 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

7. ROXIN, *Política criminal*, passim; SCHUNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal.* Madri: Tecnos, 1991. p. 8; AMELUNG, Knut. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin.* In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*. Madri: Tecnos, 1991. p. 100; GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do direito*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 7.

consideração a forma de composição do tecido social e político brasileiro e, ao mesmo tempo, seus diplomas jurídicos fundamentais, para que seja possível orientar o sistema dogmático a promover sua aplicação.

4. Da dignidade e da igualdade como critérios teleológicos

O diploma jurídico fundamental, que guia qualquer orientação do sistema dogmático, será sempre a Constituição Federal. Enquanto consolidação das diretrizes jurídicas que organizam a sociedade e o exercício do poder político, a Carta Magna determina os pilares sobre os quais o sistema dogmático deve fundar seus axiomas e para os quais deve direcionar a criação e a consolidação de seus institutos.

Será do diploma fundante que o intérprete deverá extrair o material valorativo que formata e ajusta os conceitos dogmáticos, orienta o ato decisório adequado nos casos concretos e garante sua coerência e integridade diante das contingências que compõem o cotidiano forense[8]. E, entre os princípios constitucionais que moldam o direito penal, destacam-se a *dignidade humana* (CF, art. 1º, III) e a *igualdade perante a lei* (CF, art. 5º, *caput*), valores determinantes, que definem os contornos da aplicação da norma e os parâmetros normativos que devem pautar a construção da dogmática[9].

Fundar a ordem jurídica na *dignidade humana* significa orientar o direito para garantir a cada membro da sociedade um espaço próprio de autodeterminação, de autogoverno, um mundo de vida dentro do qual o ser humano se realiza enquanto pessoa[10]. Não se trata de um conceito absoluto, mas do reconhecimento *institucional* de que cada *pessoa* tem liberdade para construir sua *identidade pessoal*, organizar seu mundo de vida e sua escala de interesses como quiser, desde que não afete a mesma liberdade dos demais[11].

A materialização da *dignidade* supõe a *igualdade* de todos perante a lei[12]. A liberdade não encontra plenitude material quando não amparada na igualdade jurídica[13]. O reconhecimento dos *espaços de autodeterminação* que compõem a *dignidade humana* exige um

8. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017. p. 253.
9. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 170.
10. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*. São Paulo: Ed. RT, 2008; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011; PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilíbrio en la identidade*. Barcelona: Atelier, 2019; HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 37.
11. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 39; GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico?* Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 179.
12. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo,* Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66.
13. TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022. p. 43.

tratamento *isonômico* do direito, que permita o *reconhecimento recíproco* das esferas de liberdade e a expectativa de que as *condições* para o desenvolvimento de cada mundo de vida sejam preservadas.

A igualdade supõe que a aplicação do direito levará em conta a realidade concreta, de forma que a garantia da *dignidade* tenha por parâmetro a situação *real* do destinatário da norma, suas condições econômicas, sociais, e o contexto no qual exerce suas atividades e competências[14]. Se *dignidade* é o reconhecimento da autonomia do indivíduo para criar e manter seu *mundo de vida* e construir suas escolhas de acordo com suas próprias orientações morais[15], sua concretização não é possível sem que se garanta a *todos* os participantes da sociedade um *mesmo espaço de liberdade*, que será preenchido de acordo com suas opções e capacidades.

Ao apontar a *dignidade humana* e a *igualdade* como elementos centrais e fundantes do sistema político e jurídico nacional, o legislador constituinte definiu um norte teleológico para a aplicação da norma penal, de maneira que a dogmática penal deve moldar seus institutos e orientar funcionalmente suas construções para garantir um espaço de dignidade isonômica a todos os participantes do convívio social, escopo alcançado apenas se for considerada a realidade social que envolve o conflito específico para o qual será necessária a aplicação da lei.

Se a tarefa do jurista não é apenas organizar harmonicamente um sistema abstrato de ideias, mas orientá-lo à realização da justiça material, é preciso que ele tenha consciência da profunda desigualdade social muitas vezes acirrada pela própria aplicação da norma penal. Um sistema aberto, voltado a considerações político-criminais, deve levar em consideração as profundas assimetrias de tratamento em um país marcado por estruturas voltadas à preservação de privilégios e preconceitos, e buscar sua superação ou, ao menos, deixar de contribuir para seu aprofundamento. Conceitos como imputação, perigo, obediência hierárquica, insignificância, consciência da ilicitude devem ter por base a *realidade das coisas* subjacentes, da qual faz parte a *realidade social* na qual se encontram, e devem ser normatizados para que cumpram um propósito de reduzir os âmbitos de desigualdade que marcam a aplicação da norma penal no Brasil.

Nesse sentido, institutos consagrados merecem uma revisitação, pautada pela ótica da realidade social na qual as normas são produzidas e aplicadas. Devem ser erigidos e normatizados para que a solução de conflitos nos casos concretos alcance sua finalidade constitucional. É preciso incorporar a análise da *realidade social* e das *desigualdades estruturais* nos programas de política criminal que se incorporam à dogmática. Tais reflexões não se limitam apenas a pautar o trabalho legislativo, mas devem ser levadas em conta na definição

14. Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1997; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

15. Sobre o tema, ver: COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana*, cit.; PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilíbrio en la identidad*, cit.; MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*, cit.

dos institutos, na concretização dos princípios e na orientação do intérprete para solucionar casos concretos.

5. Problemas concretos

A fim de demonstrar a necessidade de aproximação das reflexões dogmáticas dos problemas reais que, cotidianamente, se apresentam aos tribunais e os espaços vazios de formulações que acabam ocupados pela casuística, parece pertinente destacar alguns exemplos concretos.

5.1. Contextos de omissão imprópria

Nos termos do § 2º do art. 13 do CP, é possível imputar um resultado a uma omissão, desde que o omitente tenha um *dever de garantia*, um *dever de evitar o resultado*, previsto em lei, na assunção da obrigação de proteger o bem ou de impedir lesões, ou na criação anterior de um risco.

Ao tratar dos contornos e fundamentos desse *dever de garante*, é comum a alusão na doutrina ao *domínio da fonte de perigo* ou dos *mecanismos de proteção do bem jurídico*, e o uso de exemplos como os de mães que deixam filhos morrer de fome sem amamentação, salva-vidas descuidados, executivos de empresas que não cumprem com seus deveres de cautela, ou guias de montanha que abandonam seus clientes.

Ocorre que algumas situações complexas, que surgem no cotidiano forense brasileiro com muito mais frequência do que as situações mencionadas, são estranhas às páginas dos tratados sobre o tema.

Um exemplo: o caso da mãe que deixa o companheiro abusar sexualmente de sua filha, sem tomar qualquer medida para impedir o resultado. Poucos são os estudos que mencionam tal situação, que apresenta questões importantes para a definição dos pilares da responsabilidade na omissão imprópria. Há *dever de garantia* da mãe em relação à filha nessa situação? Se existe – e parece existir –, qual seu fundamento jurídico? Há um dever derivado de má gestão da *competência organizacional* da mãe que cria um *risco próprio* ao trazer e manter no ambiente doméstico um abusador (caso de responsabilidade por omissão decorrente da *criação de um risco anterior*), ou uma violação a uma *competência institucional* decorrente dos deveres de proteção familiar contra *terceiros* (caso de *dever legal de garantia*)? O fundamento do dever de garantia decorre de uma *assunção sobre o desamparo do bem jurídico* (filha) ou de uma *assunção de uma função de vigilância* sobre o companheiro abusador?

É preciso discutir se, para além do *dever de proteção*, essa mãe tinha *possibilidade* de impedir o resultado no momento das agressões. Em caso de incapacidade de obstar o agressor, a omissão punível não seria relacionada ao salvamento da filha naquele instante, mas à violação de uma outra obrigação, talvez, de *informar* às autoridades os fatos depois de sua ocorrência, para evitar futuras agressões. Mas existe um *dever de garante de informar* autoridades sobre a existência de uma *agressão passada* ou um *risco futuro* para um bem jurídico, consubstanciado em fatos pretéritos ou na provável e futura *conduta dolosa de terceiros*? Se existe, seus contornos merecem ser definidos. É necessário indagar sobre o momento do

início da execução desse delito, a partir de quando tal omissão pode ser punida a título de tentativa, discorrer sobre a causalidade entre a informação prestada às autoridades e a probabilidade *próxima da certeza* ou a *diminuição do risco* de afetação do bem jurídico, bem como a relação entre o *dever de comunicar* e as cláusulas excludentes dessa obrigação quando o denunciado é parente ou pessoa próxima[16].

Tais questões – que não são simples – não parecem suficientemente discutidas pela doutrina, enquanto magistrados se deparam todos os dias com essas situações, que acabam por enfrentar sem as ferramentas conceituais adequadas, pela ausência de socorro por parte de quem deveria, com tempo e cuidado, refletir sobre os temas mencionados.

Ainda, no âmbito da *omissão imprópria* e do *dever de garante* de pais a respeito de filhos, há outras situações também complexas e pouco abordadas. Um exemplo: é lugar-comum na doutrina a assertiva de que a posição de garante dos pais não está ligada à sua presença física no local onde os filhos estão, razão pela qual, em caso de ausência, os genitores devem deixá-los sob a guarda de alguém com capacidade de exercer a vigilância e a proteção.

Ocorre que parte da população brasileira, diante da carência de estrutura profissional de cuidados familiares e da necessidade de ausência doméstica para trabalhos externos, deixa seus filhos aos cuidados de idosos ou de outras crianças, às vezes, sem *capacidade plena* de exercer o dever de cuidado exigido. Em caso de acidentes em decorrência da falta de condições de vigilância do encarregado, é possível imputar o resultado aos pais por *omissão imprópria*? Caso a resposta seja negativa, qual o fundamento da exclusão do crime? Uma *incapacidade* de cumprimento da norma, que afasta dos pais nesse caso o *dever de garantia*, erigindo-se a falta de condições econômicas em um *impedimento normativo* para cumprir com o dever exigido, ou uma situação *típica* sem *antijuridicidade* em decorrência de uma *justificação*, de uma espécie de *estado de necessidade estrutural ou permanente* (hipótese que exigiria uma reformulação do conceito de *atualidade do perigo* para tratá-lo como *um estado de perigo* decorrente do risco da falta de subsistência caso o pai ou a mãe deixassem de trabalhar para cumprir com seus deveres), ou, ainda, se tratar-se-ia de uma *exculpação* por *inexigibilidade de conduta diversa* decorrente de uma situação fática peculiar, mas muito comum na *realidade* das comunidades carentes do país?

Não parece haver reflexão suficiente na doutrina nacional para que o magistrado, a quem se apresentam com frequência tais questões, possa decidir de forma segura ou com base em reflexões mais detidas.

Ainda, no campo da dogmática da omissão, relevante a análise da natureza da omissão do policial ou do agente de fiscalização que deixa de tomar providências diante da constatação de furtos de energia elétrica em *comunidades periféricas* dominadas pelo crime organizado, que oferece e cobra por esse serviço para subsidiar suas atividades, ou do reconhecimento de *bancas de jogo do bicho* onde a prática da contravenção penal ocorre às claras, também instituída pelo crime organizado.

16. Roxin chega a tratar do caso para afirmar que nessas situações não existe a inexigibilidade de denunciar parentes (novo marido) diante do dever de proteção da vítima menor de idade (ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 831).

É possível responsabilizar esse agente policial por omissão? Para responder à questão, seria necessário antes de tudo analisar se existe um *dever de garante* por parte do policial perante os cidadãos – hipótese não unânime na doutrina, e pouco discutida no Brasil[17]. Caso afirmativa a resposta, é preciso avaliar se *aquela omissão* era penalmente relevante, em especial, diante da *impossibilidade prática* de enfrentar o crime organizado sem maior aparato. Mas aqui surge outra questão: ainda que o agente policial não tenha condições de impedir a prática delitiva naquele instante, é possível atribuir a ele a responsabilidade penal pela omissão de relatar tais fatos a seus superiores e requerer reforços para o cumprimento de seu dever? Caso o faça, é possível transferir aos superiores a responsabilidade pela *omissão* e pelo *resultado*?

A *realidade* aponta para a impossibilidade *concreta* de fazer cumprir a lei a curto ou médio prazo nesses espaços, pela falta de recursos do Estado e pelo enraizamento do crime organizado em determinados territórios, mas não há qualquer estudo ou reflexão sobre a natureza de tais omissões e sobre suas consequências no âmbito da teoria do delito. Ou bem se consigna o caráter delitivo das condutas, uma vez preenchidos todos os requisitos para a aplicação da pena, ou bem se esclarece o motivo pelo qual inexiste crime, o que exigirá ou uma releitura dos contornos do *dever de garantia* de tais personagens[18] ou a análise da questão sob uma nova luz de *inexigibilidade de conduta diversa*, repensando-se os contornos e a aplicabilidade de um instituto voltado a situações excepcionais, situações de um *estado de coisas anormal* (no sentido de *fora dos parâmetros normativo-jurídicos*) em que a própria expectativa de vigência de certas normas e da autoridade dos encarregados a manter seus preceitos deixa de existir de maneira *permanente*.

5.2. Contextos de causas de justificação

Nas *causas de justificação*, a orientação dos institutos à realidade social encontra campo fértil, uma vez que a *antijuridicidade* é mais aberta à *perspectiva normativa* que o campo da tipicidade. Em regra, nesse setor, admite-se a conduta típica diante de perigos ou agressões *atuais e iminentes* (CP, arts. 24 e 25), já que, nessas situações – em especial na *legítima defesa e no estado de necessidade* –, não há tempo ou condições para que o Estado garanta a proteção do bem jurídico ameaçado. Trata-se de uma exceção ao *monopólio da violência estatal*, admitida somente em circunstâncias excepcionais, quando o poder público é incapaz de exercer sua função protetiva. Exige-se o perigo *atual ou iminente* para a justificação porque, supõe-se, fora dessa situação a vítima teria condições de exigir a proteção estatal para o bem jurídico ameaçado, sendo descabida a *autotutela*[19].

17. Sobre o tema, ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. II, p. 880; JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. São Paulo: Marcial Pons, 1997. p. 1008.
18. Como chega a esboçar Roxin sem desenvolver a ideia em toda sua extensão em *Derecho Penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. II, p. 881.
19. JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. São Paulo: Marcial Pons, 1997. p. 470.

Ocorre que o Estado brasileiro, por inúmeras razões, não assegura a proteção demandada, mesmo fora das situações de risco *atual ou iminente*, e certas parcelas da população não têm condições econômicas de evitar a concretização de ameaças futuras por meio de sistemas de defesa privada ou pelo afastamento do local de risco. Uma mulher que sofre violência doméstica todos os dias e é ameaçada de morte pelo marido, não tem condições de se mudar de casa e, em muitos casos, não possui garantia de proteção estatal de sua integridade física; um jovem com problemas com o crime organizado na periferia, que determina sua morte pelo não pagamento de dívidas; e um preso na mesma situação – todos eles vivem conjunturas de riscos *não atuais ou iminentes*, mas o desamparo estatal e a certeza da agressão injusta criam um cenário que deve ser analisado sob a luz da razão pela qual a causa de justificação foi instituída.

É preciso discutir com mais profundidade tais situações.

Ao mesmo tempo que não se pode legitimar qualquer ato típico quando existe a suspeita de inação ou inefetividade da prestação estatal de segurança, uma vez que tal ideia poderia implicar no retorno ao estado de natureza em toda e qualquer esfera na qual o poder público encontre dificuldades para exercer suas funções, também não parece adequado que a submissão simbólica a uma autoridade estatal que, em certos casos, absolutamente não tem condições ou se nega a cumprir com seu papel de proteção ou vigilância, implique o sacrifício *certo* de determinadas pessoas, em circunstâncias específicas, nas quais se verifique a ausência *estrutural* do Estado e uma situação de *desamparo real* diante de riscos *concretos*, ainda que futuros.

Essas situações *concretas e reais* são relevantes para definir de maneira mais precisa o ferramental dogmático que pode ser usado para enfrentar sua ocorrência. Uma hipótese – arriscada – seria alargar as possibilidades de *legítima defesa*, interpretando-se a *atualidade ou iminência* do perigo de acordo com a realidade social, com o contexto do perigo e as capacidades estruturais do Estado de prover a segurança dos bens jurídicos. Para que isso seja possível, sem os riscos da legitimação automática da autotutela, seria necessário o desenvolvimento de critérios precisos para orientar o intérprete, para que o alargamento da hipótese de *perigo atual* não seja *excessivo*, talvez limitando tal situação a casos de vítimas *estruturalmente vulneráveis* – sem capacidade material de desligamento da situação de *ameaça permanente* (ex.: mulher em *estado de violência doméstica* sob constante vigilância, ou preso ameaçado de morte), quando comprovada a ausência de proteção estatal (ex.: identificação de queixas e boletins de ocorrência sem desdobramentos concretos)[20].

Alguém poderia afirmar que a saída para tais situações já se encontra prevista nas excludentes de culpabilidade, sendo desnecessária qualquer arriscada ampliação das hipóteses

20. Talvez essa *realidade social concreta* indique uma espécie de *perigo permanente, hipótese* que chega a ser até aventada por Roxin para casos de *estado de necessidade justificante*, não necessariamente relacionados à situação em discussão (ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. II, p. 680). Uma alternativa seria reconhecer para tais situações um *estado de necessidade*, dada a *ausência de agressão injusta* solução oferecida por parte da doutrina alemã para os casos de "tirania doméstica", como aponta Tavares em *Fundamentos de teoria do delito*, p. 335, mas ainda aqui haveria o problema do termo "perigo atual" também previsto no art. 24 do Código Penal. Crítico sobre a ideia de expandir as hipóteses de legítima defesa com a ampliação do conceito de *atualidade do perigo*, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 482.

de *justificação.* Bastaria o recurso à *inexigibilidade de conduta diversa*, instituto desenvolvido pela dogmática para excluir a *reprovabilidade pessoal* do ato e afastar a incidência da pena. Ocorre que a *excludente de culpabilidade* mantém intacta a *injustiça do ato*, de forma que seriam puníveis os instigadores e auxiliadores, bem como acaba por admitir, contra aquele que o pratica, a *legítima defesa.*

Assim, caso a mulher que sofre violência doméstica acabe por matar seu opressor fora de uma situação de perigo *atual ou iminente*, seria *desculpada* pela *inexigibilidade de conduta diversa*, mas aqueles que os instigaram ou ofereceram os meios para o ataque – como uma vizinha que apoiou sua decisão – seriam punidos, caso sobre eles não tenha pairado a mesma ameaça. Para além disso, caso o marido reaja ao ataque, estará em *legítima defesa*, uma vez que se trata de uma *agressão injusta*, o que permite a ele um espaço de reação mais amplo do que se a agressão do oprimido fosse considerada *justificada*.

Por outro lado, a relativização do *perigo atual ou iminente* implica riscos ao ampliar o espaço do estado de necessidade e da legítima defesa. É possível que integrantes das camadas mais abastadas da sociedade se apropriem da ideia para defender uma ampliação das causas de justificação, sua liberação das relevantes e salutares amarras da excepcionalidade.

Mais uma vez, a ausência de reflexões mais detidas dificulta o avanço do debate em espaço que parece fundamental para orientar o intérprete da lei em casos concretos.

Outra questão para a qual a dogmática nacional não oferece reflexões mais detidas é a *agressão policial.* A discussão sobre a incidência da *legítima defesa* para policiais ou a vigência de normas *específicas e mais restritas* quando tais agentes agem em proteção própria ou de terceiros[21] poderia ser enriquecida diante de uma realidade social peculiar do Brasil em que as mortes causadas por policiais, em serviço ou fora dele, tem triste frequência e um dispositivo legal que trata do tema específico (CP, art. 25, parágrafo único). Não há grandes discussões sobre a natureza da agressão, bem como reflexões sobre o policial fora de serviço que, em tese, não se encontra submetido a *todos* os deveres funcionais, mas que ainda assim pode andar armado, o que poderia sugerir a remanescência de deveres de cuidado e controle mais rígidos na atuação em defesa própria ou de terceiros[22].

5.3. Contexto da culpabilidade

No campo da *culpabilidade*, também é necessária uma reavaliação dos conceitos sob a luz da realidade social, em especial, para os casos de *inexigibilidade de conduta diversa*

21. Sobre o tema, TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022. p. 344; FRISTER, Helmut. *Derecho penal* – Parte general, Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 269; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 82, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 504; JAKOBS, Günther. *Derecho penal* – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. São Paulo: Marcial Pons, 1997. p. 478.

22. Sobre a falta de cuidado da jurisprudência com as causas de justificação, ver SILVA, Beatriz Garcia de Andrade. *A dogmática do Tribunal: na prática a teoria é outra.* Orientador Maurício Stegemann Dieter. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

relacionados à *obediência hierárquica*. O art. 22 do CP exclui a punição daquele que obedece a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Em regra, a doutrina atrela a *obediência hierárquica* ao âmbito da administração pública, onde existiria uma presunção de legalidade da ordem superior, ao contrário da esfera privada, onde a excludente não incidiria[23].

Ocorre que a *inexigibilidade* existe para afastar a incidência da norma penal quando é impossível *normativamente* exigir do agente uma conduta conforme ao direito. No caso da *obediência hierárquica*, imagina-se que a ordem do superior hierárquico goze de uma *presunção de legitimidade* que pesa em prol de seu cumprimento, mesmo em caso de dúvidas; do contrário, seria necessário questionar, verificar, duvidar de cada determinação, o que afetaria o funcionamento das atividades. Sob uma perspectiva *socialmente realística*, parece evidente que, em certos casos, a *ordem superior* apresenta no plano privado o mesmo *caráter vinculante* que na esfera pública. Ainda que exista diferença *jurídica* sobre a natureza da obediência no plano público e privado, há casos em que a *pouca instrução* do funcionário privado, atrelado a um desejo de prestação eficiente para manter um vínculo cuja perda significa a exclusão social daquele indivíduo, no fim de seus meios de subsistência, na ausência de recursos para manter sua moradia ou alimentação, acabam por equiparar *materialmente* as situações juridicamente distintas.

Portanto, a depender do contexto social, do grau de instrução do empregado e da essencialidade do emprego, a ordem pode surgir com a mesma *presunção de legalidade* que aquela proferida pelo superior hierárquico no âmbito público, devendo a dogmática ocupar-se aqui de uma reflexão mais aprofundada sobre a abrangência e a extensão do instituto, definindo suas fronteiras com a *coação* e com o *erro de proibição*.

O tratamento distinto entre subordinados públicos e privados deve ser enfrentado sob o prisma do já referido princípio da *isonomia*, para que se evite um tratamento desigual a situações materialmente idênticas ou, ao menos, muito semelhantes.

5.4. O contexto da insignificância

Um último exemplo do distanciamento da dogmática da *realidade social* e da forma como isso afeta o princípio constitucional da *isonomia* da aplicação da norma penal na prática: o princípio da *insignificância*.

Trata-se de uma construção dogmática e jurisprudencial, pela qual se afasta a tipicidade ou a punibilidade de certos delitos quando a ofensividade da conduta e a relevância do resultado são bagatelares, como nos casos de furto de alimentos ou pequenas mercadorias[24]. A princípio, aplicado a pequenos furtos, o instituto acabou por fundamentar a exclusão da

23. Com algumas exceções, como: DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 663; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 422.

24. A natureza jurídica da insignificância é debatida pela doutrina. No Brasil, parece majoritária a ideia de sua relação com a ausência de tipicidade. Por todos, TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022. p. 231.

tipicidade de um número cada vez maior de delitos, até ser usado para fundamentar a exclusão do caráter criminoso de delitos contra a ordem tributária até um valor de até R$ 20.000,00.

A expansão do uso da ideia de insignificância não seria um problema não fosse a incidência *desigual* da aplicação do princípio sobre os delitos praticados pelos diferentes estratos sociais da população. Enquanto para delitos patrimoniais comuns, em regra, praticados por agentes sem maiores condições econômicas, os valores usados para a identificação da *insignificância* são pequenos, para os crimes contra a ordem tributária, em geral, cometidos por representantes de estratos sociais mais abastados, o critério é muito mais largo. Estudo realizado por grupo pesquisa da USP apontou que até 2011 nenhuma decisão do STF ou do STJ reconheceu a insignificância em crimes comuns de valor superior a R$ 700,00, enquanto para crimes, fiscais, à época, o mesmo princípio afastava a tipicidade dos crimes contra a ordem tributária praticados em valores até R$ 10.000,00 – quantia hoje duplicada[25].

Aqui faz-se necessária mais uma vez a análise dogmática para evitar que o uso distorcido da insignificância afete a *isonomia* que deve balizar a aplicação do direito penal. A percepção do tratamento desigual do destinatário da norma a depender do crime praticado – e, no caso, do estrato social ao qual pertence– exige uma releitura do instituto à luz das consequências de sua aplicação concreta. A diferença do que se considera *insignificante* em cada grupo de crimes talvez aponte para a necessidade da reclassificação das razões pelas quais se reconhece a inexistência de um injusto punível em cada caso.

Nos pequenos crimes patrimoniais – como o furto –, o fundamento da *insignificância* deriva da pequena monta da lesão, enquanto, nos crimes contra a ordem tributária, a jurisprudência acaba por reconhecer o mesmo princípio em razão do desinteresse da Procuradoria da Fazenda Nacional em promover execuções fiscais contra os possíveis sonegadores. Cabe ao dogmata sugerir a equiparação do tratamento em ambos os casos ou apontar que os motivos pelos quais a tipicidade é afastada nos casos expostos são materialmente distintos, e apontar que nominar ambas as excludentes como *insignificância* é um equívoco conceitual. Mas a ausência de reflexões sobre a estrutura do princípio, seus requisitos, contornos e hipóteses de aplicação semeia a casuística nesse terreno, onde decisões contraditórias são frequentes.

6. Conclusão

O presente artigo não pretende ser exaustivo, nem mesmo conclusivo. Há muitos outros campos em que os problemas reais e cotidianos são olvidados pela dogmática, como na esfera da definição do *risco permitido* para a imputação objetiva, do *erro de proibição* e das inúmeras questões referentes aos elementos de dosimetria da pena. O objetivo do presente

25. BOTTINI, Pierpaolo da Cruz (Coord.). *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 2011. FAPESP/Ministério da Justiça. Disponível em: [https://conjur.com.br/dl/estudo-principio-insignificancia.docx]. Acesso em: 31.05.2023.

manifesto é apenas alertar para os riscos de manter um sistema dogmático que não incorpore a *realidade social* como elemento de orientação para a construção do sistema e a aplicação das normas.

Ao organizar conceitos e estruturar um modelo de interpretação, a dogmática acaba por se tornar um instrumento de contenção do poder estatal, uma vez que propõe critérios para a distribuição da prestação jurisdicional e do exercício da violência. Se a dogmática é o instrumento para a superação do arbítrio e se a incidência desigual da norma penal sobre as diferentes classes sociais é parte desse arbítrio – porque não apoiada em qualquer preceito racional derivado da Constituição –, é preciso direcionar a construção de seus institutos para minimizar tal distorção.

A robustez de um sistema dogmático não impede, por si, o arbítrio de agentes estatais, a violência das instituições policiais ou a desigualdade na interpretação das normas em casos concretos. Mas joga luz sob tais distorções, destaca-as, permite que sejam conhecidas e estudadas, e não encobertas por conceitos imprecisos, que admitem e conferem aparência de legitimidade a qualquer critério de interpretação dos termos legais. A definição dos elementos constitutivos da *legítima defesa* e do *estrito cumprimento do dever legal*, por exemplo, podem colocar em evidência os excessos policiais, assim como a elaboração mais cuidadosa dos contornos da *insignificância* tem condições de evidenciar as discrepâncias de sua aplicação e incentivar medidas de correção. Se existe uma seletividade estrutural latente no direito penal, que incide de forma mais violenta sobre certos setores sociais e aprofunda a estigmatização de seus membros, é papel da dogmática deixar a descoberto tal fenômeno e abrir caminhos para sua superação.

Se o direito penal é fruto da cultura ideológica e política do meio social no qual se desenvolve[26], se a interpretação e a construção da dogmática são, em última análise, derivadas de opções políticas subjacentes[27], talvez esse afastamento da realidade social não seja um mero descuido, uma mera falha, mas resulte de um cisma estrutural e funcional, que dificulta a percepção de referidas desigualdades e da forma absolutamente anacrônica de aplicação do direito penal, com a qual seria difícil a justificação de uma estrutura de aplicação do direito penal profundamente desigual. A aparente serenidade com que se discutem temas dogmáticos, em seminários e em bancos de graduação e pós-graduação, em teses e bancas de mestrado e doutorado, sem que os problemas assinalados sejam objeto de investigação ou de espanto, revela o sucesso de uma forma de pensar o direito penal na qual a gritante desigualdade na aplicação da norma e a ausência de enfrentamento das questões que envolvem o cotidiano da aplicação da norma penal raramente pautam o debate.

Não é o objetivo desse artigo investigar as raízes do fenômeno, mas apontar sua existência, seus prejuízos, e sugerir uma forma complementar de fazer ciência penal.

26. PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilíbrio en la identidad.* Barcelona: Atelier, 2019. p. 91.
27. TAVARES, Juarez. Prefácio de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Fundamentos de teoria do delito*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022. p. 29; SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil. 2022. p. 30.

É preciso incorporar a *realidade social* aos estudos da dogmática e usar os princípios da *dignidade humana* e da *isonomia* como elementos *teleológicos* para a interpretação da norma penal. Não é possível solucionar os casos de *omissão, legítima defesa, obediência hierárquica e insignificância* apresentados sem perceber que os institutos usados para a construção da dogmática em tais campos, como o *dever de garante, o perigo atual ou iminente, a culpabilidade* e o *conceito de bagatela*, são construções *normativas* moldadas pela *realidade social*, e que sua aplicação deve estar voltada para garantir a *isonomia* da aplicação da norma penal. Os contornos do *dever material de garante* e de *possibilidade de evitar o resultado* devem ser analisados à luz das distintas realidades sociais, sendo necessária a construção de modelos de *contextos de omissão imprópria* distintos, a depender das condições materiais e sociais do *garante.* O molde material do *perigo* na *legítima defesa* deve levar em consideração os diferentes *graus de proteção estatal* conferidos a distintos atores sociais. A *redução da culpabilidade por obediência hierárquica* deve considerar *graus de instrução* e a *relação concreta de subordinação*, condicionadas pela *realidade social*, para distribuir os critérios de exculpação.

Talvez seja um passo para construir uma dogmática rentável, capaz de orientar o magistrado para solucionar questões complexas que se apresentam no seu cotidiano, evitar a casuística e que a distribuição da norma penal desigual acirre as distorções estruturais que lamentavelmente moldam nossa sociedade.

7. Referências

AMELUNG, Knut. *Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin.* In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo,* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Qual o futuro da dogmática jurídico-penal. In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *O fim da dogmática jurídica?* Estudos em homenagem aos 80 anos do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa (Coord.) A criminologia no século XXI: Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBCCrim, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo da Cruz (Coord.). *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 2011. FAPESP/Ministério da Justiça. Disponível em: [https://conjur.com.br/dl/estudo-principio-insignificancia.docx]. Acesso em: 31.05.2023.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana.* São Paulo: Ed. RT, 2008.

DÁVILA, Roberto Reynoso. *Nociones de criminología*. México: Porrúa, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2012.
FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito.* São Paulo: Atlas, 2010.
FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica.* São Paulo: Atlas, 2015.
FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.
FRISTER, Helmut. *Derecho penal* – Parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Fabris, 2005;
GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do direito*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
GRECO, Luís. *Tem futuro a teoria do bem jurídico?* Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto. São Paulo: Ed. RT, 1993.
GRECO Luís; LOBATO, Danilo (Coords.) *Temas de direito penal* – Parte geral. São Paulo: Renovar, 2008.
HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.
JAKOBS, Günther. *Derecho penal.* Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. São Paulo: Marcial Pons, 1997.
LISZT, Franz von. *A ideia do fim no direito penal*. São Paulo: Rideel, 2005.
LUCA, Heloiza Meroto de. *A política criminal como critério teleológico da dogmática penal.* 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Sã Paulo, 2009.
LUHMANN, Niklas. *Teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Malheiros, 1997.
MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos.* Barcelona: Herder, 2010.
NAVARRETE, Miguel Polaino. ¿Por dónde soplan actualmente los vientos del Derecho Penal? In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y derecho penal.* Barcelona: Atelier, 2016.
PAWLIK, Michael. *Confirmación de la norma y equilíbrio en la identidad.* Barcelona: Atelier, 2019.
REALE, Miguel. *O direito como experiência*: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade.* Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.
ROESLER, Claudia. Pode a dogmática jurídica ter um fim? In: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *O fim da dogmática jurídica? Estudos em homenagem aos 80 anos do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior*. 1. ed. Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2021.
ROMEO CASABONA, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I.
ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. II.
ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972.
ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Veja, 2004.
SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022.
SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1991.
SILVA, Beatriz Garcia de Andrade. *A dogmática do Tribunal: na prática a teoria é outra*. Orientador Maurício Stegemann Dieter. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992.
STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Prefácio de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2022.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro II*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- El principialismo político-criminal como fetiche, de Juan Pablo Mañalich R. – *RBCCrim* 161/57-71.

Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação

Criminal law and fake news: the democratic limits to the criminalization of disinformation

Raphael Boldt

Pós-Doutor em Direito Penal pela *Goethe-Universität (Frankfurt am Main)* e em Criminologia pela *Universität Hamburg* (ambos, bolsa DAAD). Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na *Goethe-Universität (Frankfurt am Main).* Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da FDV. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7059830980608621].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-1625-9856].
raphael@jorioboldt.com.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515844].

Recebido em: 19.01.2023
Aprovado em: 29.06.2023
Última versão do autor: 29.06.2023

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo pretende investigar se o direito penal pode ser utilizado como instrumento idôneo de tutela contra a difusão de *fake news* no Brasil, onde a divulgação de notícias falsas ainda demanda análise jurídica mais profunda, principalmente no campo penal. Do ponto de vista metodológico, a âncora epistêmica assenta-se na matriz teórica dialética de cariz jurídico-filosófico vinculada à tradição frankfurtiana. O recorte epistemológico incidirá sobre a atual estrutura do sistema penal brasileiro para definir se é possível e recomendável a intervenção estatal por meio da tipificação da propagação de *fake news* sem comprometer os princípios fundamentais do direito penal de um Estado democrático. Traduzindo a hipótese em questionamentos: Como o

Abstract: The article intends to investigate whether Criminal Law can be used as a suitable instrument against the dissemination of fake news in Brazil, where the dissemination of fake news still requires deeper legal analysis, especially in the criminal field. From a methodological point of view, the epistemic anchor is based on the dialectical theoretical matrix of a legal-philosophical nature linked to the Frankfurtian tradition. The epistemological cut will focus on the current structure of the Brazilian penal system to define whether state intervention is possible through the typification of the spread of fake news without compromising the fundamental principles of Criminal Law of a democratic State. Translating the hypothesis into questions:

Estado deve tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais abusos de poder econômico? Quais as exigências formais e materiais para a criminalização dessa conduta? Quais os obstáculos à criminalização da desinformação e os riscos para a estabilidade democrática do direito penal? Por se tratar de um tema novo no direito brasileiro, é natural que se busque uma orientação em experiências do direito estrangeiro, neste caso, no direito alemão, pioneiro no debate sobre a criação de medidas regulatórias referentes à disseminação de conteúdos ilícitos na Internet e mais familiar ao autor da pesquisa.

Palavras-chave: Direito Penal – Fake News – Criminalização – Desinformação – Democracia.

How can the State deal with the responsibilities and conduct related to the production and dissemination of fake news, managing dilemmas that involve the right to privacy, freedom of expression, exercise of political rights and potential abuses of economic power? What are the formal and material requirements for criminalizing this conduct? What are the obstacles to the criminalization of disinformation and the risks to the democratic stability of Criminal Law? As it is a new topic in Brazilian Law, it is natural to seek guidance in experiences of foreign Law, in this case, in German Law, a pioneer in the debate on the creation of regulatory measures regarding the dissemination of illegal content on the Internet and more familiar to the research author.

Keywords: Criminal Law – Fake News – Criminalization – Disinformation – Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Democracia e esfera pública digital. 3. *Fake news* e liberdade de expressão: ameaças à formação da opinião e da vontade política na democracia. 4. Breve panorama da regulação de *fake news* na Alemanha. 4.1. Percurso histórico: liberdade de expressão e instrumentalização política do direito penal. 4.2. Medidas protetivas contra *fake news* de *lege data*. 5. Regulação e punição de *fake news* no Brasil: a legitimidade de um tipo penal ***de lege ferenda***. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Atualmente[1] muito se discute sobre os riscos da digitalização para a democracia e, principalmente, para a esfera pública democrática. Por isso, este artigo pretende contribuir para um debate contemporâneo e necessário, que pressupõe uma profunda reforma de normas e práticas vigentes. O objetivo é, principalmente, oferecer os instrumentos necessários para a compreensão de um dos temas mais importantes e complexos da atualidade, que envolve dimensões tecnológicas, filosóficas e jurídicas: a disseminação de *fake news* e a criação de estratégias regulatórias adequadas para lidar com a desinformação.

A discussão torna-se ainda mais relevante em virtude da atual lacuna no ordenamento jurídico brasileiro e da ampliação do debate em torno do impacto de notícias fraudulentas

1. O presente artigo é resultado de estágio pós-doutoral em Direito Penal realizado na *Goethe-Universität (Frankfurt am Main)*, sob a supervisão do Prof. Dr. Klaus Günther e com financiamento do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD).

nas estruturas das democracias modernas. Embora existam atualmente investigações formais em curso sobre a disseminação de *fake news*[2] referentes a membros do Supremo Tribunal Federal e tramitem no Congresso diversas propostas direcionadas a aumentar o rigor no enfrentamento de *fake news*, a discussão não é trivial e requer uma análise que ultrapasse os limites do direito penal.

O ponto de partida do trabalho tem como foco a relação entre direito e transformação social, analisando especialmente como a normatividade do direito e a epistemologia social são modificadas pelo surgimento de novas tecnologias na passagem de uma sociedade centrada na impressão e em organizações para uma sociedade centrada em redes computacionais e plataformas digitais. Uma das mais inovadoras abordagens, que facilita a percepção dessa transformação, encontra-se no marco dos estudos dos meios do direito[3]. Com isso, pretende-se apresentar uma reconstrução dessa mutação da epistemologia social para oferecer possíveis caminhos para uma regulação jurídica num cenário de completa mudança da complexidade social. É exatamente nesse contexto de ruptura mediática que se deve inserir a discussão acerca das notícias fraudulentas e os pressupostos materiais mínimos da tutela penal.

Contemporaneamente, um dos maiores inconvenientes no que diz respeito à regulamentação e controle de *fake news* se refere ao fato destas se propagarem principalmente por meio do mundo digital. Daí que a dificuldade de regulamentação passa pelos mesmos percalços do Direito e do Estado efetuarem o controle de qualquer tema referente à Internet. Em meio às dificuldades inerentes à regulação do "ciberespaço" e considerando que as plataformas não são mediadores neutros, mas atores que exercem poder considerável, surge a pergunta sobre quais os modelos normativos mais adequados ao ordenamento jurídico brasileiro para a remoção de conteúdos ilícitos da Internet e os limites normativos à regulação das plataformas digitais[4].

O grande desafio trazido pela proliferação aparentemente incontrolável de discursos de ódio e *fake news* no ambiente virtual é encontrar soluções apropriadas à instantaneidade da era digital[5], e não meras transposições de técnicas de aplicação do Direito que

2. Ver, por exemplo, o Inquérito 4.781, popularmente conhecido como "Inquérito das *fake news*", instaurado pela Portaria GP 69, de 14 de março de 2019, do Ministro Dias Toffoli, considerando "a existência de notícias fraudulentas (fake news) [...] que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão".
3. Cf. VESTING, Thomas. *Die Medien des Rechts*: Computernetzwerke. Velbrück Wissenschaft: Weilerwist, 2015.
4. Sobre o conceito de plataforma digital e para uma análise de uma nova economia política das plataformas: CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global*: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022. p. 277 e ss.
5. O que se designa por era digital pode ser compreendido como uma nova ordem social, transformada com o advento dos novos meios eletrônicos de comunicação e caracterizada principalmente pela inteligência artificial, *big data* e algoritimização. Cf. STENGEL, Oliver; LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan (Coord.). *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche. Wiesbaden: Springer, 2017.

tem origem no paradigma analógico. Apesar da recente experiência europeia com uma regulação autorregulada[6], a hipótese desta pesquisa sugere que a reserva de jurisdição e a autorregulação não são necessariamente excludentes. Embora alguns recomendem que o Estado não regule diretamente tais comportamentos, acreditamos que a persecução penal de delitos taxativamente definidos e a reparação dos danos causados pelos ilícitos podem coexistir com a autorregulação. O que se propõe é a criação de um modelo híbrido, pautado na ideia de multinormatividade jurídica e na "função comunicativa do direito penal"[7], que evite a "juridificação"[8] – entendida como hiper-regulação dos sistemas sociais pelo Direito – e preserve as vantagens de cada um dos modelos normativos. A partir daí, almeja-se perquirir *standards* argumentativos que sirvam ao legislador para demonstrar a legitimidade da norma penal, indagando-se, mais especificamente, sobre a criação de um tipo penal referente à disseminação de *fake news* no Estado democrático, onde se pressupõe a primazia normativa do indivíduo e a fixação da dignidade humana no ápice da ordem valorativa constitucional.

Traduzindo essa hipótese em questionamentos: Como o Estado pode tratar das responsabilidades e condutas atinentes à produção e disseminação de notícias falsas, gerenciando dilemas que envolvem direito à privacidade, liberdade de expressão, exercício de direitos políticos e potenciais abusos de poder econômico? Quais os obstáculos à criminalização da desinformação e os riscos para a estabilidade democrática do direito penal?[9] Nesse sentido, o fio condutor do trabalho sugere uma revisão epistemológica para a discussão do tratamento jurídico de *fake news*, sua produção e disseminação, suas repercussões e responsabilidades, impondo especiais desafios ao sistema penal. Tais desafios não eliminam a importância do direito estatal, razão pela qual justifica-se o recurso à legislação europeia e, mais especificamente, ao direito alemão, não como um arquétipo a ser seguido a todo custo, mas como um ponto de partida para a formulação de um modelo próprio para o Brasil[10].

---

6. Teubner designa como "direito reflexivo" as formas jurídicas que se distanciam do sistema político estatal e se implantam na dinâmica autorreferente de outros sistemas (como a economia, as empresas e os sindicatos, a educação, as escolas e as associações de pais). A referência à "procedimentalização" ou "reflexividade" aponta para uma mudança geral no perfil dos próprios procedimentos judiciais, administrativos, legislativos e privados – um afastamento da rígida burocracia formalizada, hierarquizada e autocontida em todos esses campos. TEUBNER, Gunther. Regulatory law: chronicle of a death foretold. *Social and Legal Studies*, Londres, v. 1, n. 4, p. 451-475, dez. 1992.
7. Para aprofundar a relação entre multinormatividade jurídica e a função comunicativa do direito penal: GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.
8. TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: TEUBNER, Gunther. *Juridification of social spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987. p. 3-48.
9. Sobre as condições históricas, características essenciais e consequências da transformação democrática do direito penal: GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Trad. Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.
10. Quanto à relevância e aos desafios inerentes a essa combinação de perspectivas como condição para um diálogo global sobre a justiça: DUVE, Thomas. *European Legal History*: Global Perspectives. In: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, n. 2013-06.

O percurso investigativo que se começa a desenhar a partir desse breve diagnóstico conduz à discussão sobre a regulação de *fake news* e a legitimidade de eventual proposta de lei que pretenda punir penalmente sua divulgação, com a determinação dos limites dessa criminalização, de modo a não colocar em risco a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, essenciais ao Estado Democrático de Direito. Em um Estado democrático, a incriminação deve submeter-se também a um procedimento de verificação de sua legitimidade. Nesse sentido, entende-se a importância de identificar o lugar do direito penal no mundo digital para analisar se a disseminação de *fake news* se insere naquilo que o legislador pode proibir sob pena aos seus cidadãos. Eis então a proposta da pesquisa: discutir a legitimidade e a fundamentação possível para a criminalização da difusão de *fake news* no Brasil.

2. Democracia e esfera pública digital

De difícil definição e complexa configuração, o conceito de esfera pública tem dominado grande parte da recente literatura em áreas como filosofia, comunicação social e sociologia. Espaço que estabelece e organiza a relação entre Estado e sociedade civil, a esfera pública consiste na peça central da democracia e designa um sistema de mediação e comunicação que organiza o intercâmbio entre cidadãos e entre estes e as instituições políticas. Trata-se, portanto, de um espaço para o desenvolvimento de ideias, opções políticas e identidades coletivas que permite a legitimação política de atores políticos por meio das eleições[11]. Desde a sua concepção original proposta por Habermas[12] até configurações mais contemporâneas que incluem uma ecologia mediática pontuada pela Internet, o conceito tem sido alvo de confrontações que procuram evidenciar as suas potencialidades, mas também as suas limitações, nomeadamente em termos da pressuposta igualdade de condições dos participantes e universalidade de acesso, uma vez que o princípio da publicidade que sustenta a esfera pública apela para o uso público da razão, livre de manipulação e coerção[13].

Convém expor, desde já, que este texto não pretende aprofundar as discussões sobre o processo de modernização no âmbito da crítica frankfurtiana ou – embora relevante – examinar o conceito habermasiano de democracia deliberativa[14]. Apesar de todas as críticas e limitações que lhe têm sido apontadas, as expectativas idealizadoras da esfera pública

11. BUCHMANN, Johannes. Demokratie und Öffentlichkeit im Digitalen Zeitalter. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert* – zur Macht des Digitalen. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 16.
12. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.
13. Ainda que, conforme Habermas, na esfera pública política, o caráter deliberativo da formação da opinião e da vontade dos eleitores seja medido pelo resultado da qualidade discursiva das contribuições e não pelo objetivo de um consenso que não pode ser alcançado de qualquer maneira. HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 26.
14. É necessário esclarecer apenas que Habermas considera o significado ambíguo das conquistas modernas, se afastando, portanto, do pessimismo unilateral de Adorno e Horkheimer. Para Habermas, a história não é moldada por um único imperativo e os autores da *Dialética do Esclarecimento* teriam

moderna deixaram marcas profundas no contexto das reflexões científicas sobre as condições de funcionamento democrático da sociedade. Habermas enfatizou seu caráter historicamente condicionado e institucionalmente localizado, expondo como suas normas estão embutidas nas instituições e nas complexas histórias culturais das sociedades democráticas. Segundo ele, a expectativa de que indivíduos privados pudessem construir argumentativamente os termos de entendimentos mútuos fez sua primeira aparição significativa nas paisagens culturais esculpidas por uma burguesia europeia[15].

A esfera pública tem sua origem, portanto, no âmbito de uma transformação cultural abrangente, produto da cultura urbana europeia que surgiu gradualmente no século XVIII nos Estados nacionais em formação no Ocidente[16]. Nesse sentido, ela se opõe ao domínio privado e às vezes aparece exatamente como o oposto do poder público. Assim, os "órgãos da esfera pública" incluem os órgãos estatais ou os meios de comunicação, que, tal como a imprensa, servem à comunicação pública[17]. Com o processo de modernização e o auxílio da imprensa, a esfera pública institucionalizou redes de comunicação e relações sociais (urbanas) que não tem centro nem formam qualquer unidade. O surgimento de novos espaços públicos na Europa (inicialmente em países como Inglaterra e França) transformou a opinião pública, considerada uma nova forma de poder anônimo e invisível. Com a mudança dos canais de comunicação e a circulação do conhecimento, criou-se uma ordem cultural mais móvel e aberta, cujo lugar social é a nova sociedade civil, chamada posteriormente na Alemanha de sociedade burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*)[18].

Conforme mencionamos, a ascensão de uma esfera pública independente da Corte realizou-se dentro de um amplo movimento de transformação que afetou diversos campos e que foi acompanhado de uma nova forma de auto-organização social. Nesse ponto, é importante lembrar que o surgimento da esfera pública deve ser compreendido em um cenário de emancipação progressiva da vida econômica dos regulamentos políticos tradicionais ao longo do século XVIII. Enquanto os poderes feudais da igreja e da nobreza, que eram portadores de uma publicidade representativa, se desintegraram, o Estado-nação burguês tornou-se a esfera do poder público e a sociedade emergiu como um espaço de interesse e atividade privadas. Antigos laços políticos não poderiam mais efetivamente regular a vida econômica, revolucionada pelo comércio.

---

apresentado a visão de apenas uma de suas trajetórias, razão pela qual insiste em um compromisso de abrir nossos propósitos orientadores a processos de reflexão e deliberação.

15. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 12-13.
16. VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 196.
17. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 55.
18. VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 198.

Boldt, Raphael. Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 161-194. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515844].

Com a despolitização da economia e a crescente centralização do poder político, indivíduos privados recém-constituídos, *self-made men* de uma burguesia em ascensão, se aproximavam, conscientes de sua autonomia compartilhada e de sua vulnerabilidade. A autoconsciência emergente dos interesses generalizáveis dos indivíduos privados foi promovida e se expressou pelo surgimento de uma imprensa burguesa. A publicação de notícias por intermédio de revistas e jornais facilitou a conscientização de um novo público formado por pessoas capazes de se informar sobre assuntos importantes e de expor e compartilhar ideias[19]. A esfera pública moderna estava ancorada nas aspirações de uma subjetividade particular burguesa e as normas que regiam a discussão pública expressavam sua crença na possibilidade de chegar ao consenso, não a partir da supressão da autonomia privada de seus participantes, mas como uma medida de seu compromisso com o princípio da autonomia privada de cada indivíduo.

Na medida em que a esfera pública liberal possibilitou a observação de observadores, a sociedade ampliou suas possibilidades, de modo que o final do século XIX marcou um período inovador na comunicação, com o surgimento de uma nova cultura de massa e meios de comunicação até então desconhecidos, como o rádio, o cinema e a fotografia. Vesting caracteriza esse modelo de esfera pública como "pluralismo de grupos", pois ele parte da noção de que a opinião pública era determinada primeiramente por temas e contribuições de grupos e organizações formais da sociedade, como sindicatos, partidos políticos, igrejas, editoras e emissoras de rádio. Diferentemente da precedente esfera pública liberal, na qual as opiniões circulavam entre os cidadãos que se observavam mutuamente, agora eram os grupos que iriam determinar uma pré-estruturação do intercâmbio de opinião de acordo com os campos de interesse[20].

Em sua clássica obra sobre a esfera pública, Habermas já afirmava que "as tendências à desintegração da esfera pública são inequívocas: enquanto sua esfera se expande cada vez mais magnificamente, sua função se torna cada vez mais frágil. No entanto, o público ainda é um princípio organizacional de nossa ordem política."[21]

Indissociável da esfera pública desde a primeira conceitualização, a comunicação social configura-se como central ao debate público, tanto em suas formas mais tradicionais quanto por meio dos novos meios de comunicação potencializados pelas tecnologias digitais. Contudo, as novas tecnologias impõem também novos desafios teóricos, metodológicos e práticos à constituição de uma esfera pública digital. Os espaços públicos convencionais de discussão são confrontados com diversas formas de socialização, com organizações em

19. Cf. JOHNSON, Pauline. *Habermas*: Rescuing the public sphere. London/New York: Routledge, 2006. p. 21. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

20. VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 198.

21. HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 57.

rede e novos canais de disseminação e troca de informação que exigem a reflexão sobre questões como poder, regulação, cidadania e participação.

No campo do controle das condutas desviantes, por exemplo, uma das características da inteligência artificial – que é mantida e promovida em igual medida como utópica e distópica – é o seu potencial para ser usado para controle e regulação comportamental otimizados. Quanto mais o comportamento futuro puder ser calculado e previsto por meio da coleta de dados comportamentais (*big data*) e analisado mediante algoritmos (*data analytics*), mais precisamente esse comportamento também poderá ser influenciado e, se necessário, modificado. Com isso, o princípio orientador de todo Estado de prevenção, "prevenir em vez de remediar", ganha um poder de persuasão quase insuperável graças às novas possibilidades técnicas[22].

Isso conduz a uma outra discussão importante sobre o sentido e o futuro da liberdade no mundo digital. Segundo Günther, se houvesse um consenso em vista dos desenvolvimentos oriundos das novas tecnologias, provavelmente consistiria no fato de que eles aumentam e ampliam consideravelmente as possibilidades de ação e, portanto, um aspecto da liberdade humana. A tecnologia de comunicação global, que é capaz de conectar as pessoas em quase qualquer lugar do mundo em tempo real e que permite acesso transfronteiriço e quase ilimitado ao conhecimento via Internet, expande o escopo da liberdade. Aqui, a ameaça à liberdade se manifesta principalmente nas possíveis sanções e em outras consequências negativas que são desencadeadas sobre aqueles que desafiam as regras de conduta exigidas e controladas digitalmente. O fato de que muitos não percebem mais essas restrições à liberdade como uma ameaça é o produto secundário da mudança progressiva: a liberdade não é restringida inicialmente de fora, mas já pode ser mudada de dentro. Diante disso, deve-se esclarecer se e como a liberdade muda quando alguém se move em mundos compostos por dados preditivos. Em outras palavras: quão livres somos realmente nas câmaras de eco?[23]

Essa tendência de progressiva desintegração da esfera pública apontada por Habermas ganhou novos contornos com a Internet e as plataformas digitais, sofrendo uma radicalização decorrente da desagregação dos fluxos de comunicação social. A fragmentação da esfera pública, situada no contexto de uma sociedade pós-industrial, produziu não apenas uma nova infraestrutura da subjetividade (*homo digitalis*), mas efeitos na esfera pública institucionalizada. Um dos efeitos desse processo é a redução da centralidade estatal[24] e o surgimento de desafios normativos complexos, desde a construção de novos instrumentos de proteção a direitos de personalidade a novos projetos de regulação.

---

22. GÜNTHER, Klaus. *Von normativen zu smarten Ordnungen?* Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 8/2020, Rn. 1.
23. GÜNTHER, Klaus. *Die Zukunft der Freiheit*. Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 9/2020, Rn. 5.
24. LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos "meios sociais", proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 150.

Tendo em vista que a comunicação é um aspecto importante e indispensável do sistema político em todos os modelos de democracia[25] e que a esfera pública é um conceito que permite examinar como as relações de poder limitam as possibilidades de comunicação democrática, o nível e os estilos de participação política dos cidadãos, condição para a constituição da esfera pública, têm sido continuamente desafiados por essas novas tecnologias. A democracia moderna, como fenômeno histórico, assenta-se num pilar importante e problemático, a participação cívica, conceito também histórico e sujeito a contingências de interação social. Na sociedade atual, em diversos países, as pessoas têm participado cada vez menos dos mecanismos formais democráticos e a disseminação de notícias falsas tem contribuído para o acirramento da erosão da confiança nas instituições sociais.

Ao escrever sobre a esfera pública burguesa na década de 1960, Habermas se preocupou com a questão de como os princípios democráticos liberais poderiam ser resgatados e radicalizados na Alemanha após o fascismo. O que o atraiu para a ideia de esfera pública foi justamente seu potencial como fundamento de uma sociedade baseada em princípios democráticos. Embora seja difícil prever, atualmente é necessário refletir sobre a capacidade das instituições democráticas liberais resistirem à pressão da revolução comunicacional das plataformas digitais e quais as alternativas para os novos desafios impostos pela "plataformização da esfera pública"[26].

Em tal contexto, a esfera pública digital atual tem sido moldada pela lógica da acumulação, fragmentação e aceleração, assumindo, com isso, inúmeras formas[27]. Como resultado dessa transformação na esfera pública, interessam-nos particularmente os efeitos negativos de uma política *on-line* pós-factual para o Estado democrático e sua relação com a produção de *fake news*. Nesse sentido, Habermas assinala que em um mundo onde não é mais possível diferenciar informações verdadeiras de *fake news*, é uma exigência constitucional manter uma estrutura mediática que viabilize o caráter inclusivo da esfera pública e o caráter deliberativo de formação da vontade e da opinião públicas[28].

3. *Fake news* e liberdade de expressão: ameaças à formação da opinião e da vontade política na democracia

As plataformas digitais são exemplos do ambiente de profunda e permanente transformação decorrente dos avanços tecnológicos experimentados nas últimas décadas.

25. Sobre tais modelos, conferir: HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere*: Media, Communication and Society. London/New York: Routledge, 2023. p. 230.
26. LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos "meios sociais", proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 67.
27. Para uma análise aprofundada das consequências oriundas da colonização e feudalização da esfera pública: HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere*: Media, Communication and Society. London/New York: Routledge, 2023. p. 247 e ss.
28. Idem.

Com as mencionadas modificações da esfera pública, evidenciaram-se as consequências ambivalentes da digitalização nas sociedades democráticas. Se por um lado os movimentos pró-democracia se beneficiaram do potencial da Internet para criar uma comunidade democrática global e facilitar mobilizações contra governos autoritários, por outro, as eleições norte-americanas de 2016, as eleições brasileiras de 2018 e o referendo do *Brexit* no Reino Unido são exemplos de como essas mesmas mudanças podem gerar sérios prejuízos ao processo democrático e aos direitos fundamentais.

Questões como campanhas de desinformação em massa, microdirecionamento de propagandas eleitorais com o potencial de alterar o resultado das eleições e ataques antidemocráticos com proliferação de conteúdos ilícitos se tornaram instrumentos funcionais à erosão do Estado de Direito. Enquanto no Brasil, o denominado Inquérito das *Fake News*, conduzido pelo Supremo Tribunal Federal, noticiou a existência de milícias digitais organizadas com o objetivo de disseminar notícias falsas e proferir ataques a opositores e críticos do Governo do ex-presidente Jair Bolsonaro, na Alemanha, o Ministro da Saúde, Karl Lauterbach, foi ameaçado de morte pelos chamados "Cidadãos do Reich" (*Reichsbürger*), um grupo de extrema-direita que não reconhece a República Federal da Alemanha como um Estado e afirma que o histórico *Reich* alemão continua a existir até hoje, negando, assim, as atuais estruturas democráticas e constitucionais do país[29].

A produção e a disseminação de notícias falsas compõem as principais estratégias de movimentos políticos radicais como os *Reichsbürger*. Em uma grande operação no dia 07 de dezembro de 2022, a polícia alemã prendeu 25 pessoas vinculadas ao grupo, incluindo ex-oficiais das forças armadas, policiais e um ex-membro do partido AfD (*Alternative für Deutschland*) no Parlamento Alemão, investigadas por planejar um golpe de Estado. No Brasil, também em dezembro de 2022, foi realizada uma megaoperação da Polícia Federal em conjunto com as polícias civis estaduais, com o cumprimento de 32 mandados de busca e apreensão e de prisão contra suspeitos de incitarem e participarem de atos antidemocráticos e organizarem grupos armados[30].

Além das grandes operações deflagradas pelos órgãos estatais contra atos antidemocráticos, as redes sociais têm sido pressionadas a restringir o discurso publicado por usuários de acordo com termos e condições privados, removendo publicações e bloqueando ou excluindo contas de figuras e agentes públicos com o propósito de coibir conteúdos ilícitos e desinformação. Como se pode notar, vários são os casos envolvendo questões que permeiam o exercício da liberdade de expressão e sua relação com a democracia na era digital.

Sem a pretensão de analisar todas as grandes questões que envolvem essa complexa relação, interessa-nos compreender, em especial, o papel desempenhado pela desinformação

29. Reichsbürger-Bedrohung: Lauterbach besorgt um seine Kinder. *Die Zeit*. Disponível em: [www.zeit.de/news/2022-12/30/reichsbuerger-bedrohung-lauterbach-besorgt-um-seine kinder?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2F]. Acesso em: 30.12.2022.

30. Bolsonaristas autores de ataques em Brasília são presos pela PCDF e PF. *Metrópoles*. Disponível em: [www.metropoles.com/distrito-federal/na-mira/bolsonaristas-autores-de-ataques-em-brasilia-sao-presos-pela-pcdf-e-pf]. Acesso em: 29.12.2022.

no processo de deterioração dos pilares democráticos e como resguardar a liberdade de expressão em um contexto de ampla propagação de notícias fraudulentas. Em outras palavras, como promover a liberdade de expressão e a proteção da democracia sem inviabilizar modelos de negócios legítimos ou retirar da Internet suas características principais de abertura, descentralização e alcance mundial?[31] Para tanto, é fundamental definir os papéis do Estado e das plataformas digitais. No que se refere a esta pesquisa, almeja-se principalmente compreender os limites da intervenção jurídico-penal para regular o discurso e lidar com a desinformação por meio de *fake news*, estabelecendo, pois, um arranjo que equilibre interesses sem atribuir poderes excessivos aos entes estatais e privados.

Entre tantos desafios, o problema inicial consiste exatamente em apresentar uma definição jurídica adequada para o termo *fake news*. Esse debate foi retomado há pouco tempo na Alemanha em razão da guerra na Ucrânia e do julgamento de Ursula Haverbeck, uma mulher de quase 90 anos condenada por negar o Holocausto. Haverbeck afirmou repetidamente que o campo de concentração de Auschwitz não era um campo de extermínio, mas um campo de trabalhos forçados. Em vários artigos publicados na Internet, ela escreveu que não poderia ter havido um assassinato em massa de judeus durante a era nazista, embora estimativas de historiadores apontem o assassinato de pelo menos 1,1 milhão de pessoas apenas no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau.

A questão foi submetida ao Tribunal Distrital de Verden, na Baixa Saxônia, e Haverbeck foi condenada a dois anos de prisão em agosto de 2018 por "incitação ao ódio" (*Volksverhetzung*), crime previsto no § 130 do Código Penal (*StGB*). Ao recorrer para o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*), os magistrados declararam que a divulgação de "declarações de fatos deliberadamente e comprovadamente falsos" não poderia "contribuir para a formação de opinião", além de não estar resguardada pela liberdade de expressão. Para o Tribunal, apesar da idade de Haverbeck, sua condenação não viola a dignidade humana e a negação do genocídio nacional-socialista põe em perigo a paz pública[32].

Mais recentemente, em outubro de 2022, o Parlamento alemão (*Bundestag*) decidiu endurecer a legislação penal sobre o tema, enquadrando no aludido tipo penal de "incitação ao ódio" a negação e banalização grosseira de crimes de guerra e genocídios[33]. Segundo o Conselho Federal (*Bundesrat*), esses crimes são repetidamente minimizados ou negados por uma minoria e o Estado não pode mais tolerar esse tipo de comportamento. Crimes de guerra em Ruanda, genocídio dos iazidis, violações dos direitos humanos contra os uigures

31. A respeito, Cf. BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. Kindle. São Paulo: Fórum, 2022, E-Book Kindle. p. 30.

32. Holocaust-Leugnerin Ursula Haverbeck scheitert in Karlsruhe. *Deutsche Welle*. Disponível em: [www.dw.com/de/holocaust-leugnerin-ursula-haverbeck-scheitert-in-karlsruhe/a-44943906]. Acesso em: 31.12.2022.

33. Kriegsverbrechen und Völkermord: Leugnung wird strafbar. *Deutsche Welle*. Disponível em: [www.dw.com/de/kriegsverbrechen-und-v%C3%B6lkermord-leugnung-wird-strafbar/a-63826123]. Acesso em: 31.12.2022.

na China e, atualmente, a morte de civis ucranianos, fazem parte de uma longa lista de atrocidades que, se forem negadas e usadas para incitar o ódio contra certos grupos populacionais e perturbar a paz pública, poderão ser objeto de sanção penal.

A punição de fatos como esses, em especial no que diz respeito à negação do Holocausto, possui um significado histórico bem peculiar para a Alemanha[34]. Na esteira de Schünemann, historicamente afirma-se que a punição da "mentira de Auschwitz" (*Die Auschwitz-Lüge*) representou para a Alemanha (e também para a Áustria) a adoção de um caminho especial historicamente explicável. Ainda assim, aduz o penalista, para o direito, a mentira enquanto tal não constitui um objeto digno de intervenção, senão nas hipóteses de violação a um interesse digno de proteção jurídica[35].

Quanto ao conceito de *fake news*, a expressão pode ser traduzida simplesmente como "notícias falsas". No entanto, a tradução literal não resolve o problema juridicamente e desde as eleições norte-americanas de 2016 a expressão tem sido empregada no sentido de notícias deliberadamente falsas que foram produzidas especificamente para fins de distribuição viral pela Internet e, especialmente, pelas redes sociais, com o objetivo de manipular o público para fins políticos e/ou comerciais específicos[36]. Trata-se, pois, de uma forma especial de notícia falsa com pretensões de veracidade que omite os reais interesses de seu emissor e acarreta a desinformação[37].

A polissemia do termo e a dificuldade de estabelecer com precisão uma definição jurídica tendem a dificultar tanto o diagnóstico quanto o tratamento regulatório adequado de *fake news*. Por esse motivo, ou seja, a clara dificuldade conceitual, a União Europeia tem recomendado que se abandone a expressão, visto que, além disso, a desinformação é um fenômeno que perpassa tais notícias[38]. Apesar dos obstáculos semânticos, utilizaremos a

34. No caso da relação entre Alemanha e Israel, a situação é bastante complexa e, certamente, inexistem soluções simples. Scheerer cita os episódios envolvendo pessoas que, contrárias à política do governo israelense, defendem boicotes à Israel com o objetivo de melhorar o *status* legal da população não judaica na região. Na Alemanha, geralmente essa posição tem sido classificada como antissemita e, na prática, silencia aqueles que apoiam uma solução negociada no Oriente Médio. Embora em 2019 acadêmicos israelenses tenham tornado públicas suas objeções às restrições à liberdade de expressão sob o pretexto de combater o antissemitismo, a especial relação entre os dois países, por motivos históricos óbvios, cria sérias dificuldades a qualquer manifestação crítica a Israel. SCHEERER, Sebastian. Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen. In: FISCHER, Susanne; HANKEL, Gerd; KNÖBL, Wolfgang (Hg.). *Die Gegenwart der Gewalt und die Macht der Aufklärung*. Festschrift für Jan Philipp Reemtsma. zu Klampen Verlag: Darmstadt, 2022. p. 231.

35. SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 621-622.

36. REUTER, Markus. Fake-News, Bots und Sockenpuppen – eine Begriffsklärung. *Netzpolitik.org*. Disponível em: [https://netzpolitik.org/2016/fakenews-social-bots-sockenpuppen-begriffsklaerung/]. Acesso em: 30.12.2022.

37. Em inglês, costuma-se distinguir dois termos para designar o problema da divulgação de informações falsas: *misinformation*, quando informações inverídicas são divulgadas sem a intenção de causar danos; *desinformation*, que envolve a propagação de informações sabidamente falsas em vista de determinados objetivos.

38. RAIS, Diego. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 250-251.

expressão no sentido de notícias ou mensagens fraudulentas capazes de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem.

Hoven lembra ainda que a divulgação de *fake news* tem uma longa tradição. Em 1870, a publicação do *Emser Depesche*, deliberadamente falsificado por Otto von Bismarck, desencadeou tensões entre a Alemanha e a França e levou os países vizinhos à guerra[39]. Embora notícias falsas não sejam uma novidade, é preciso reconhecer que suas formas e o alcance de sua comunicação pública atingiram patamares inimagináveis[40].

A conjugação do notável volume de informações falsas e sua instrumentalização política tem sido considerada uma ameaça à formação da opinião e da vontade públicas em uma sociedade plural, deteriorando a soberania popular e, consequentemente, o princípio democrático[41]. No mesmo sentido, Habermas menciona o que ele considera uma tendência notável: a crescente infiltração da esfera pública por *fake news* e o desenvolvimento de uma "democracia da pós-verdade" que fortalece a desconfiança nos meios de comunicação, situação normalizada principalmente a partir do governo de Donald Trump nos Estados Unidos[42].

A questão não é simples e, no caso de *fake news*, costuma-se fazer uma distinção entre *declarações falsas de fatos* (objetivos) *e opiniões* (subjetivas), visto que declarações sobre fatos se referem a circunstâncias da realidade que podem ser objetivamente provadas ou refutadas, estando, portanto, certas ou erradas. Conforme a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), somente mentiras deliberadas ou outras inverdades que já possam ser classificadas como falsas pelo emissor ao serem transmitidas não gozam da proteção da liberdade de expressão. O Tribunal entende que pesquisas elaboradas para verificar a veracidade de uma afirmação fática não são necessárias no nível de proteção dos direitos fundamentais. As opiniões, por outro lado, são a expressão de uma declaração pessoal e, portanto, não podem ser provadas. Contudo, se a expressão de opiniões, que são subjetivas, violar a honra de uma pessoa, o autor pode ser processado, por exemplo, por crime contra a honra. No entanto, as expressões de opinião não podem estar erradas e, portanto, não se enquadram no termo *fake news*. Somente se a expressão de uma opinião for baseada em fatos falsos, toda a mensagem pode ser considerada *fake news*[43].

39. O *Emser Despesche* foi um telegrama que relatava o encontro em 13 de Julho de 1870 entre o Rei da Prússia e o embaixador da França em Bad Ems, perto de Koblenz. Esse telegrama foi encurtado por Bismarck, de forma tal que o tornou uma afronta aos franceses, provocando a declaração de Guerra da França à Prússia em 19 de Julho de 1870, como desejado por Bismarck para concluir a unificação alemã.
40. HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW, 2017; 129(3). p. 718-719.
41. SCHREIBER, Markus. *Strafbarkeit politischer Fake News*: Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität. Berlin: Duncker & Humblot, 2022. p. 99.
42. HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 51.
43. BVerfGE v. 13.4.1994, 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247.

Diante dos recursos limitados dos usuários de redes sociais em face da publicação de notícias falsas e dos danos que estas tem produzido, intensificou-se a discussão acerca do uso do direito penal como meio de punir a manipulação da opinião pública por meio de *fake news* e de dissuadir futuros autores. Eis, pois, um dos desafios assumidos por este trabalho: oferecer uma visão geral sobre as possibilidades de punição pela disseminação de notícias falsas no contexto da legislação vigente e analisar a legitimidade da intervenção jurídico-penal *de lege ferenda*.

4. Breve panorama da regulação de *fake news* na Alemanha

4.1. Percurso histórico: liberdade de expressão e instrumentalização política do direito penal

Antes de delimitar o tratamento regulatório de *fake news* no campo jurídico-penal, é importante analisar como alguns países têm tratado o tema da desinformação no plano normativo. Considerando os limites desta pesquisa, restringiremos nossa investigação à Alemanha, cuja abordagem regulatória tem sido apresentada como uma referência inovadora e importante no que se refere a discursos de ódio e à disseminação de notícias falsas nas plataformas digitais.

Para a posterior averiguação do merecimento e da necessidade da tutela penal quanto às *fake news*, faremos um escorço histórico com o intuito de exibir o pano de fundo sociocultural das modificações legislativas contemporâneas na Alemanha e os riscos inerentes ao tratamento penal da questão. Tal exposição se torna ainda mais relevante em virtude da zona de interseção necessária entre política criminal e democracia. Com isso, pretende-se expor uma breve visão do desenvolvimento da legislação penal alemã a partir da modernidade com vistas a restringir a liberdade de expressão e a facilitar um entendimento metodológico que possibilite uma abordagem histórico-crítica do direito penal contemporâneo. Aliás, o direito penal alemão está intimamente ligado ao direito penal de outros países europeus e latino-americanos. Não só existem muitas características compartilhadas, como a teoria penal alemã desempenhou um papel importante na elaboração dos códigos de várias nações, inclusive do Brasil.

Cumpre observar, inicialmente, que apenas no século XVII, com Benedict Carpzov, cuja obra principal foi a *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, de 1635, o direito penal alemão começou a reduzir a influência dominante dos modelos italiano, francês e espanhol, eles próprios agentes significativos na modernização da legislação, desenvolvimento facilitado pela importância crescente das universidades.

Em 1751, com poucas mudanças significativas em relação ao *status quo* legal, o *Codex Juris Bavarici Criminalis* da Baviera dedicou o sétimo capítulo da primeira parte aos crimes de heresia e blasfêmia, porém, com penas reduzidas em relação às leis anteriores, influência do pensamento mais liberal da época. Com o Código Penal do Imperador Joseph II, de 1787, em pleno Sacro Império Romano Germânico, houve a separação entre crimes

políticos e crimes comuns. Foi um período marcado por ampla oposição religiosa e o crime de heresia, previsto em leis pré-modernas, foi utilizado muito mais como um instrumento de perseguição de determinadas confissões religiosas, com a finalidade de preservar as relações de poder e o domínio da religião católica hegemônica. Não havia obviamente nenhum bem jurídico a ser protegido pela norma em questão, mas tão somente o desejo de manutenção do poder eclesiástico[44].

Outro diploma normativo que merece destaque foi o Código Penal Bávaro de 1813 (*Bayerisches Strafgesetzbuch von 1813*), elaborado com base nas ideias de Anselm von Feuerbach e em grande parte por ele redigido. O código permaneceu em vigor na Baviera até 1862 e influenciou inúmeros códigos em outros territórios alemães, prevendo, por exemplo, os crimes contra a honra do Estado (arts. 309-314).

Em 1872, um ano após a unificação alemã, entrou em vigor o Código Penal do Império (*RSTGB*), que substituiu, mas preservou os fundamentos do Código Penal Prussiano de 1851. Era, portanto, o período do Império Alemão, marcado por um quadro social no qual grupos feudais tardios e industriais compartilhavam a hegemonia em um Estado que misturava elementos liberais e autoritários[45]. Apesar dessa ambivalência cultural e política, costuma-se afirmar que o *RSTGB* foi um exemplo de código penal decididamente liberal,[46] que demonstrou uma clara expansão para a esfera política, com o auxílio da "paz pública" como bem jurídico.

A respeito, ficou bastante conhecido o chamado "parágrafo do púlpito"[47], § 130a, que punia com até dois anos de prisão o clérigo que, no exercício de sua profissão ou em atividade relacionada, discutisse publicamente assuntos de Estado perante várias pessoas, na igreja ou em outro local designado para reuniões religiosas, de forma a colocar em perigo a paz pública. No § 130 do Código Penal havia ainda a previsão de outra figura típica com o claro objetivo de restringir a liberdade de expressão e conter os movimentos populares, intitulada "Aufreizung zum Klassenkampf", uma espécie de crime contra a paz pública por meio de provocação da luta de classes.

---

44. ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heildelberg: C.F. Müller, 2017. p. 14-15.
45. VORMBAUM, Thomas. Entwicklungsphasen des Strafgesetzbuch. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts*: Grundlagen des Strafrechts. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. p. 392-393.
46. De acordo: SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* v. 166, n. 10, 2019. p. 622. Roxin e Greco referem-se a ele como um código típico do Estado de Direito. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht.* Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 1. p 180.
47. Este tipo penal foi criado durante a conhecida *Kulturkampf*, período no qual Bismarck perseguiu intensamente a Igreja Católica e agiu contra clérigos que comentavam eventos políticos em seus sermões. O chamado "abuso do púlpito", previsto no § 130a, foi inserido no Código Penal em 10 de dezembro de 1871. Na República Federal da Alemanha, o parágrafo foi revogado em 04 de agosto de 1953.

Se de fato todo regime político possui seus inimigos ou os produz por certo período[48], entre 1871 e 1918, o Império Alemão se notabilizou por sua "luta contra a social-democracia" e pela "perseguição e opressão por motivos políticos"[49]. A era de Otto von Bismarck, o "chanceler de ferro" do Império, foi considerada pelos historiadores um primeiro caso de notória criminalização da oposição política na Alemanha[50]. Nessa época, toda a resistência à monarquia foi reprimida, assim como qualquer tentativa de liberalização e democratização do país.

Com as eleições do *Reich* de 1877, os social-democratas obtiveram 10% dos votos e se tornaram o quarto maior partido político do Império, uma suposta ameaça ao poder monárquico. A partir daí, Bismarck impulsionou, com o apoio de outras forças reacionárias, inúmeras medidas de repressão (por meio de organizações, da imprensa e do sistema penal) contra os social-democratas, declarados "inimigos do Império" (*Reichsfeind*). Assim, em 1878 foi criada uma lei de exceção intitulada "Lei contra as perigosas aspirações coletivas da social-democracia" (*Gesetz gegen die gemeingefährlichen Betrebungen der Sozialdemokratie*). O principal motivo alegado para a criação da lei foi o atentado contra o *Kaiser* Wilhelm I naquele ano, seguido de intensa agitação política e clara manipulação dos fatos pela imprensa que, atendendo aos interesses do governo, apresentou os autores do atentado como simpatizantes da social-democracia[51].

A interpretação oficial desse caso e de um atentado posterior contra o *Kaiser*, praticado por Max Hödel, um jovem de 20 anos, conduziu à proposta de uma nova lei, chamada de "Lei de exceção contra a social-democracia" (*Ausnahmegesetz gegen die Sozialdemokratie*). Todo esse arcabouço legislativo congregou as primeiras leis de exceção politicamente motivadas na Alemanha, "leis policialescas" criadas com o objetivo de garantir os anseios políticos de Bismarck, ou seja, a formação de uma nova coalisão conservadora no Parlamento (*Reichstag*). Com essa legislação, foi possível destruir as aspirações democráticas daquele tempo por meio, principalmente, da opressão do movimento dos trabalhadores[52].

Com a queda do Império e o surgimento da República de Weimar, Gustav Radbruch, então ministro da justiça social-democrata e um dos mais importantes criminalistas da época, elaborou e propôs um projeto pioneiro de reforma do Código Penal em 1922, prevendo, por exemplo, a abolição da pena de morte e da punição de adultos por manterem relações homossexuais. Entretanto, é possível notar que a euforia inicial pela democracia aos poucos cedeu lugar ao fortalecimento da extrema-direita e à radicalização política que tinha como motivos primordiais questões econômicas e, sobretudo, o medo de uma ditadura do proletariado na Alemanha. Em razão dessa radicalização e da posterior militarização da

48. KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz, In: KIRCHHEIMER, Otto. *Funktion des Staates und der Verfassung* – Zehn Analysen, 1972. p. 21.

49. TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*, 1929. p. 01.

50. SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*: Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 50.

51. Ibidem, p. 54.

52. TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*, 1929. p. 56 e 65.

política[53], foram adotadas várias medidas com o intuito de preservar a República, entre elas as "Leis para proteção da República" (*Die Gesetze zum Schutze der Republik*), em 1922 e 1930[54]. O § 156 do Código Penal previa, inclusive, o crime de insulto às cores da bandeira (preto, vermelho e amarelo) e punia corporações que defendiam o governo do antigo *Reich* (§ 100).

Segundo Ulbricht, a primeira lei para proteção da República tinha como objetivo impedir o assassinato de membros do governo e as condições de organização para tanto. O atentado contra Rathenau gerou uma mobilização em massa contra a direita política e o governo da República, por meio do presidente Ebert, declarou no mesmo dia que a República corria perigo. Como resultado, limitou-se consideravelmente a liberdade de expressão. O § 8 da Lei, por exemplo, punia com pena privativa de liberdade de até 5 anos e multa de até um milhão de marcos quem publicamente ou em grupo insultasse a forma republicana do país prevista na Constituição[55]. Nas palavras de Sander, Weimar se notabilizou por ser um período no qual o homicídio se tornou um meio amplamente utilizado de fazer política – no mínimo 400 políticos foram mortos na Alemanha entre 1919 e 1924 – e a resposta a esse cenário foi a consolidação de uma justiça penal claramente política[56]. "Se a democracia de Weimar era demandada pela 'esquerda', ela foi ameaçada e destruída pela 'direita'"[57].

Com a ascensão do nacional-socialismo, a perseguição a adversários políticos ocorreu de modo estruturalmente e qualitativamente diferente, sob o fundamento do *Volksgemeinschaft* e do *Führerprinzip*[58]. Depois do incêndio no *Reichstag* – até hoje não se tem certeza se realmente Marinus van der Lubbe foi o único responsável, ou se ele teve ajuda da oposição política (como diziam os nazistas), ou mesmo se os próprios nazistas atearam fogo ao prédio – os nazistas utilizaram esse fato como justificativa para perseguir grupos políticos dissidentes e reduzir uma série de direitos fundamentais[59]. Resumidamente, a maioria das

53. Apenas exemplificativamente, entre 1919 e 1922, a República vivenciou vários homicídios por motivos políticos, como as mortes de Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht (1919), Kurt Eisner (1919), o ministro das finanças Mathias Erzberger (1921), o ministro do exterior Walther Rathenau (1922) e, finalmente, o atentado contra Phillip Scheidemann (1922). Todos eles políticos vinculados à esquerda alemã.
54. Cf. SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*: Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 69 e ss.
55. ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heildelberg: C.F. Müller, 2017. p. 35-38.
56. SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*: Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 81.
57. BLASIUS, Dirk. *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland (1800-1980)* – Eine Studie zu Justiz und Staatsverbrechen,1983.
58. O princípio do *Führer* (*Führerprinzip*) basicamente consistia no fato de que todo o povo, desde os órgãos estatais até a família, era representado pelo *Führer* que, por sua vez, detinha poderes irrestritos. Para uma ampla visão do direito penal no Terceiro Reich: KASSECKERT, Christian. *Straftheorie im Dritten Reich*: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich. Berlin: Logos Verlag Berlin, 2009.
59. ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heildelberg: C.F. Müller, 2017. p. 39.

mudanças do direito penal que ocorreram no período nacional-socialista serviram, principalmente, à erosão programada do Estado de Direito e aos contornos jurídicos de uma ditadura totalitária.

A legislação penal foi aplicada principalmente contra os social-democratas e os comunistas. Exemplo de instrumentalização política citado pelos historiadores é o "Regulamento do presidente para proteção do povo e do Estado" (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Statt*), promulgado em 28 de fevereiro de 1933 por Paul von Hindenburg. No preâmbulo da lei conhecida como *Lex van der Lubbe* e que se propunha à "proteção do Estado contra atos comunistas violentos", encontrava-se, inclusive, a possibilidade de imposição da pena morte. Como se sabe, desde sua fase inicial e decisiva, o período nacional-socialista foi marcado por várias leis de exceção. No mesmo período, em 21 de fevereiro de 1933, o Ministro do Interior do *Reich*, Wilhelm Frick, promulgou uma lei sobre a proibição de demonstrações do partido comunista alemão (*Die Kommunistische Partei Deutschlands* – KPD) na Saxônia (*Freistaat Sachsen*)[60].

Com o fim da segunda guerra e a divisão da Alemanha pelos países vencedores, a República Democrática Alemã (*Deutsche Demokratische Republik* – DDR) também fez o possível para se distanciar do seu passado recente. Nesse período, foi importante a diretiva 38 do Conselho de Controle (*Kontrollsratdirektive* n. 38), especialmente quanto ao "nacional-socialismo". Além de perseguir antigos membros e pessoas que compartilhavam da visão de mundo do nacional-socialismo, a diretiva autorizava a prisão de qualquer pessoa contrária ao novo regime. A Justiça da DDR entendia que o anticomunismo e o antimarxismo eram elementos constitutivos do nacional-socialismo e, portanto, toda manifestação anticomunista era simultaneamente nazista. A partir daí, a DDR passou a prender todos aqueles que fossem contrários ao sistema dominante, designados como nazistas ou antidemocráticos, utilizando-se da diretiva 38[61].

Como a DDR se compreendia como antifascista, utilizou a acusação contra a Alemanha Ocidental de ser um Estado fascista para com isso desacreditar e criminalizar a oposição política interna. Assim, a partir de 1968, a DDR criou um complexo de normas antifascistas no novo código penal. Não obstante, desde 1957 já existisse o § 19 Abs. 1 Nr. 1 da Lei para complementação do Código Penal (*StEG*), prevendo pena privativa de liberdade para quem "glorificasse ou propagasse o fascismo ou o militarismo", em 1968, um novo sistema de normas se contrapôs ao fascismo e tornou mais rigoroso o tratamento jurídico-penal[62]. A literatura jurídica da DDR apontava, por exemplo, o § 92 do Código Penal como um dispositivo que indicava a necessidade de ação contra o "neofascismo". Segundo essa norma, era possível punir com pena de até 10 anos quem lesse propaganda fascista ou pregasse o ódio contra povos e raças. A liberdade de expressão, que estava prevista no art. 9 da Constituição da DDR e que foi garantido até 1948, foi drasticamente limitada e instrumentalizada para a manutenção do poder.

60. Ibidem, p. 41.

61. SCHULLER, Wolfgang. *Politisches Strafrecht in der DDR 1945-1953*. Hamburg, 1968. p. 34.

62. ROSENTHAL, Walther. *Das neue politische Strafrecht der "DDR"*. Frankfurt am Main/Berlin, 2009. p. 39.

Diante dessa breve incursão histórica na legislação alemã, está claro que não se deve interpretar as transformações do direito penal liberal até o presente como uma linha de desenvolvimento evolutiva. A democracia também pode ceder às imposições autoritárias e perder conquistas importantes do Estado de Direito. Percebe-se que historicamente as modificações da legislação penal utilizaram-se de uma imagem mutável do "inimigo" para cumprir uma função política de desestruturação e manutenção do poder. O recurso à produção de inimigos é um mecanismo funcional da instrumentalização política do direito penal que pretende preservar estruturas de poder e a própria dominação. Na esteira de Sander, é possível afirmar que o Iluminismo possivelmente apenas secularizou as representações do medo. Os demônios agora pertencem a este mundo, porém, os mecanismos de combate não mudaram substancialmente. O medo foi, é e permanece sendo um elixir do poder[63].

4.2. Medidas protetivas contra fake news *de* lege data

Na Alemanha, a necessidade de estruturação da comunicação na Internet e de medidas adequadas para a regulação das redes sociais conduziu à criação da Lei para a Melhoria da Aplicação do Direito nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* ou *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*). Apesar das críticas[64] e dos pedidos de anulação da lei no Parlamento Alemão[65], a *NetzDG* tem sido considerada majoritariamente como uma legislação paradigmática sobre o tema[66], capaz de oferecer, no âmbito da autorregulação regulada e do direito administrativo, um caminho adequado para lidar com as novas demandas oriundas da digitalização[67].

Cumpre observar, portanto, que a *NetzDG* não possui natureza penal. Ao estabelecer a responsabilidade de grandes intermediários de plataformas digitais com fins comerciais, o § 1 (1) declara que

> "a presente Lei se aplica aos prestadores de serviços de telecomunicação que operam plataformas na Internet com fins lucrativos, que se destinem aos usuários para que estes

63. SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*: Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007. p. 187-188.
64. Para uma visão geral das principais críticas ao modelo regulatório da *NetzDG*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News* e as novas ameaças à liberdade de expressão In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 242.
65. Requerimentos dos partidos AfD (BT-DRs. 19/81, FDV (BT-Drs. 19/204) e Die Linke (BT-Drs. 19/218).
66. EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 162.
67. ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 126.

possam compartilhar qualquer conteúdo com outros usuários ou torná-lo acessível ao público (redes sociais)."

A *NetzDG* foi uma lei criada para regular grandes redes sociais, pois afirma no § 1 (2) que o provedor de uma rede social está isento das obrigações das Seções 2 a 3b e 5a se a rede social tiver menos de dois milhões de usuários registrados na Alemanha[68].

Além disso, a *NetzDG* se baseia em um modelo de autorregulação regulada para lidar com as plataformas digitais, obrigando os provedores a retirarem ou bloquearem comunicações ilícitas que são levadas a seu conhecimento. Quanto a esses conteúdos ilícitos, a lei não criou tipos penais, mas prevê uma lista de infrações penais já existentes no ordenamento jurídico que se referem a conteúdos de comunicação e que, de alguma forma, violam direitos de personalidade de terceiros ou perturbam a paz pública[69]. Nesses termos, assinala o § (3): "conteúdos ilegais são os conteúdos no sentido do parágrafo 1 que se enquadram nos tipos penais dos §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 a 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 a 187, 189, 201a, 241 ou 269 do Código Penal."[70]

Durante os debates sobre a legislação aplicável às plataformas digitais, os serviços científicos do Parlamento Alemão, responsáveis por apoiar os membros do *Bundestag* em suas atividades relacionadas ao mandato, declararam que ao longo da discussão sobre como lidar com notícias falsas nas redes sociais várias sugestões foram apresentadas, entre elas o endurecimento da legislação penal, com o aumento de penas e a tipificação de uma conduta específica para a disseminação de *fake news.* Entretanto, no relatório publicado pelo mencionado departamento científico do Parlamento, foram indicados os efeitos deletérios referentes ao tratamento penal de notícias falsas, quando se assinalou que o recrudescimento da lei penal não teria efeito sobre a dificuldade prática de identificar o infrator individual, autor de declarações feitas na Internet. Além disso, eventual aumento das penas não eliminaria o problema de que notícias falsas são frequentemente postadas no *Facebook* ou em redes semelhantes por dias e depois espalhadas antes de serem apagadas[71].

No que se refere à responsabilidade criminal pela divulgação de notícias falsas, Hoven entende que atualmente ela pode ser considerada a partir de três perspectivas legais: crime contra a honra, de acordo com os §§ 186, 187 do Código Penal (*StGB*) (possivelmente em conjunto com § 188), incitação ao ódio, de acordo com o § 130 e – em certos casos – como simulação de um crime, nos termos do § 145. No entanto, esses tipos penais não sancionam a divulgação de informações falsas como tal, mas apenas abrangem

68. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/netzdg/__1.html]. Acesso em: 29.12.2022.

69. EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 168.

70. Bundesministerium der Justiz. Bundesamt für Justiz. Disponível em: [www.gesetze-im-internet.de/netzdg/__1.html]. Acesso em: 25.12.2022.

71. Wissenschaftliche Dienste. Deutscher Bundestag. Fake-News. Definition und Rechtslage. Disponível em: [www.bundestag.de/resource/blob/502158/99feb7f3b7fd1721ab4ea631d8779247/wd-10-003-17-pdf-data.pdf]. Acesso em: 25.12.2022. p. 11.

conteúdos determinados. Além disso, a mensagem deve abarcar notícias inverídicas sobre uma pessoa ou um grupo de pessoas, visto que os tipos não se aplicam a relatos falsos sobre eventos sem referência pessoal – por exemplo, à economia, a catástrofes humanitárias ou à proteção climática[72].

A criminalização da disseminação de *fake news* na Alemanha é um tema que tem sido amplamente discutido e desperta inúmeras divergências. Enquanto alguns sustentam que o direito penal alemão não possui instrumentos suficientes para reagir ao fenômeno, principalmente nas plataformas digitais, e alegam que em uma sociedade liberal e pluralista, os fundamentos do direito à liberdade de expressão e a verdade no discurso político também devem ser penalmente protegidos; outros, um pouco mais céticos, entendem que é surpreendente verificar como a questão da proteção da verdade, que há muito definhou à margem do direito penal político, se tornou tão atual como resultado do triunfo da Internet[73].

Na linha do exposto por Hoven, há três conceitos regulatórios possíveis para a punição criminal de *fake news*: (1) uma responsabilidade penal amplamente incondicional por notícias falsas; (2) uma proibição qualificada de alegações factuais falsas, que perseguem fins políticos e; (3) adaptar as infrações penais existentes às condições da nova mídia[74]. O que se vê, atualmente, na Alemanha, é a opção por esta última concepção regulatória, com o recurso ao sistema repressivo se necessário, evitando-se, porém, a criação de novos tipos penais.

Como se pode perceber, a relativa euforia em relação a *NetzDG* não foi capaz de aplacar totalmente a insegurança jurídica no campo jurídico-penal. No final das contas, a persecução penal dos autores de notícias fraudulentas permanece intocada pelas medidas da Lei. Apesar de algumas críticas no sentido de que a *NetzDG* privatizou atividades privativas do Estado, ela não substituiu as tarefas estatais, mas buscou apenas evitar a perpetuação de uma violação dos direitos de usuários da rede. Conforme aponta Eifert, "o § 3 (2) número 4 da NetzDG prevê expressamente a salvaguarda de conteúdos retirados para fins de prova por 10 semanas e, com isso, expressa a expectativa normativa de que a persecução jurídica não deve se restringir à retirada de conteúdos."[75]

O sucesso de tais mecanismos de retirada e apagamento de conteúdos ilícitos das plataformas digitais depende, porém, de qual será a abrangência que a persecução estatal irá reconhecer e adotar. E é exatamente nesse ponto que a digitalização e a regulação das redes sociais oferecem boas chances e oportunidades, mas também enormes desafios normativos.

72. HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW, 2017; 129(3). p. 719.
73. SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* v. 166, n. 10, 2019. p. 623.
74. HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW; 129(3), 2017. p. 738.
75. EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 187.

5. REGULAÇÃO E PUNIÇÃO DE *FAKE NEWS* NO BRASIL: A LEGITIMIDADE DE UM TIPO PENAL *DE LEGE FERENDA*

Há atualmente inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso que, entre outros assuntos, versam sobre a criminalização de *fake news*. Entre eles está o Projeto de Lei 3.813/2021, oriundo da chamada "CPI da Pandemia", que propõe alterar o Código Penal para criminalizar a criação e a divulgação de notícias falsas, especialmente em casos envolvendo a saúde pública. O PL prevê a inserção do art. 288-B sob o *nomen iuris* de "criação ou divulgação de notícia falsa"[76] e, embora o crime em sua forma simples configure infração de menor potencial ofensivo, o tipo penal possui ainda uma qualificadora no § 4º em virtude da criação ou disseminação de *fake news* que abarque a saúde pública[77].

Conforme explicamos, esse é apenas um dos diversos projetos que pretendem responsabilizar criminalmente autores de notícias falsas na Internet. Aliás, na tentativa de reduzir os danos decorrentes da disseminação de *fake news* nas eleições de 2022, a Lei 14.192/2021 alterou a redação do art. 323 do Código Eleitoral (Lei 4.737/1965), punindo a divulgação, na propaganda eleitoral ou durante o período de campanha, de "fatos inverídicos"[78].

---

76. Art. 288-B. Criar ou divulgar notícia que sabe ser falsa para distorcer, alterar ou corromper gravemente a verdade sobre tema relacionado à saúde, à segurança, à economia ou a outro interesse público relevante:

    Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

    § 1º A pena é aumentada de um a dois terços, se o agente cria ou divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

    § 2º É considerada notícia falsa o texto, áudio, vídeo ou imagem não ficcional que, de modo intencional e deliberado, consideradas a forma e as características da sua veiculação, tenha o potencial de ludibriar o receptor quanto à veracidade do fato.

    § 3º Não é considerada notícia falsa a manifestação de opinião, de expressão artística ou literária, ou de conteúdo humorístico.

77. § 4º Se a notícia falsa:

    I – dificultar a prevenção e combate a epidemia, pandemia ou outra situação de emergência em saúde ou calamidade pública;

    II – puder influenciar a opinião pública a agir de modo contrário às orientações das autoridades sanitárias;

    III – propalar informações infundadas, sem comprovação científica reconhecida ou sem a identificação de dados científicos claros e fontes seguras da informação sobre a eficácia, importância e segurança das vacinas.

    Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

    § 5º A pena é aumentada de metade até o dobro, se o agente é funcionário público ou pessoa que desenvolva atividade de comunicação de maneira profissional.

78. Art. 323. Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, *fatos que sabe inverídicos* em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado.

    Pena – detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

    § 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos.

Sem a pretensão de realizar uma análise pormenorizada dos tipos penais em questão, a criminalização dessas condutas implica examinar os pressupostos materiais mínimos da tutela penal, assumindo, para tanto, uma perspectiva integrada das ciências criminais que articula aspectos dogmáticos, criminológicos e político criminais. Desse modo, a tipificação da conduta de criar e disseminar notícias falsas pressupõe refletir sobre os limites da intervenção punitiva no Estado Democrático de Direito.

Para reivindicar legitimidade no sentido de um uso racional do direito penal e refutar a acusação de legislação penal meramente simbólica, é necessário definir alguns parâmetros fundamentais que norteiam a presente investigação: (a) a começar pela premissa de que os conceitos normativos de uma criminalização mais abrangente de *fake news* devem respeitar os ditames constitucionais traduzidos pelo princípio da fragmentariedade; (b) logo, não se discute a necessidade ou não do sistema penal, pois o objeto deste artigo pressupõe a sua existência[79]; (c) consequentemente, concluir pelo não merecimento de pena a determinada conduta não implica afirmar a sua aprovação social.

Partimos, pois, de uma perspectiva minimalista do direito penal, que reconhece a produção de violência do sistema repressivo que, por conseguinte, deve ficar reservado aos episódios nos quais a sua atuação se torna indispensável. Apesar de analiticamente problemática em virtude da necessidade de maior aprofundamento, assumimos nesta pesquisa o conceito de "direito penal negativo" elaborado por Naucke em uma obra tardia. Trata-se de um "direito penal de negação do poder", "cujo núcleo é a proteção do único direito humano inegável e inato: o direito à liberdade diante de um poder que é violento"[80]. Tal negatividade delineia um modelo jurídico-penal de limitação à punição e crítica do poder. Fixadas essas premissas básicas, a apreciação da legitimidade de um tipo penal *de lege ferenda* resultará, sobretudo, de duas etapas de verificação: (a) o merecimento da tutela penal, que se refere principalmente à dignidade do bem jurídico e; (b) a necessidade da tutela penal, que decorre do caráter subsidiário do direito penal.

(a) *A questão do bem jurídico*: como premissa fundamental e ponto de partida, a utilização do direito penal apenas se legitima como último recurso para a proteção dos bens jurídicos[81]. Admitindo-se, na linha de Roxin, que o legislador está limitado em sua atividade pelos princípios constitucionais, um conceito de bem jurídico estabelecido desde uma perspectiva político-criminal só pode orientar-se constitucionalmente e com o objetivo de proteger a liberdade que está na base do Estado de Direito, atuando, assim, como um limite

79. Tal premissa não invalida nosso ceticismo quanto às funções declaradas do direito penal exposto em inúmeros trabalhos, mas reconhece a existência do sistema penal, inserindo-se, todavia, na tradição crítica frankfurtiana que assume a ideia central de proteção da liberdade contra o poder. Para uma breve compreensão dessa abordagem, Cf. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. BOLDT, Raphael. Dialética negativa da punição. In: BOLDT, Raphael (Org.). *Teoria crítica e direito penal*. São Paulo: Editora D'Placido, 2020.

80. NAUCKE, Wolfgang. *Negatives Strafrecht*: 4 Ansätze. Berlin: LIT, 2015. p. 97.

81. Por todos: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht.* Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 2.

ao poder punitivo estatal[82]. Amelung sustenta que além de fornecer fundamentos para a legitimação do direito penal desde a sua limitação, a teoria do bem jurídico auxilia no sentido de orientar o legislador a identificar o campo de proteção penal de interesses no sistema social[83].

Apesar da exigência de que o direito penal proteja apenas bens jurídicos e do papel relevante dessa discussão nas reformas do ordenamento jurídico-penal nas últimas décadas, Roxin reconhece que a questão do conceito material de crime continua carente de maiores explicações[84]. A dificuldade acerca do conceito de bem-jurídico se manifesta historicamente na diversidade de definições apresentadas pela dogmática penal: "oportunidade de participação na sociedade"[85], "interesse protegido penalmente"[86], "valor abstrato da ordem social protegido juridicamente"[87], "unidade funcional, sem a qual a nossa sociedade estatal não seria viável em sua expressão concreta"[88], "valores fundamentais da vida em sociedade"[89], entre outros. Como se percebe, inúmeros são os conceitos possíveis, de modo que, segundo Roxin e Greco, essa mutabilidade conceitual produz certo ceticismo em relação à definição de bem-jurídico que, para eles, não é infundado[90], razão pela qual inclusive a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) tem rejeitado o potencial crítico da teoria do bem jurídico.

É fundamental observar que a teoria do bem jurídico surge originalmente durante o Iluminismo (especialmente na segunda metade do século XVIII) – inicialmente com Birnbaum, e se consolida com autores como Binding e von Liszt na Alemanha – motivo pelo qual naturalmente deveria se orientar conforme as condições de vida dos indivíduos da sociedade moderna e a ideia constitutiva da tradição liberal de autodeterminação do sujeito, assim como por um modelo de pensamento fundado na Teoria do Contrato Social[91].

---

82. Idem, p. 11.
83. AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 395.
84. Para uma análise profunda sobre o tema: JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas*: uma análise sob o prisma da filosofia retórica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020.
85. CALLIESS, Rolf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*: Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2016. p. 143.
86. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2014, §19 Rn 4.
87. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, §2 Rn 10.
88. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. In: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen, 1970. p. 163.
89. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 03.
90. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020. p. 25.
91. Ibidem, p. 26.

Cumpre observar, portanto, que o debate sobre a proteção de bens jurídicos está vinculado às diversas transformações sociais concretas, como evidencia a análise acerca do chamado "direito penal do risco", subjacente à "sociedade de risco"[92] e originalmente exposta por Prittwitz em sua obra "Direito Penal e Risco"[93]. Apesar da dificuldade de se formular um conceito material de crime em virtude da vagueza do conceito de bem jurídico e das críticas daqueles que o consideram irrelevante[94], a maioria da literatura jurídico-penal ainda reconhece a relevância do bem jurídico, atribuindo ao direito penal a tarefa primordial de protegê-lo[95].

No que se refere especificamente à criminalização de *fake news*, geralmente o direito fundamental à informação tem sido apontado como bem jurídico, individual e coletivo, a ser protegido. Para Schünemann, "um ataque à liberdade de informação e expressão é um ataque aos próprios fundamentos da democracia"[96]. Conforme expusemos no primeiro capítulo deste artigo, em uma sociedade na qual o bem mais valioso é a informação, a proteção desse direito significa também preservar as condições de legitimação da sociedade democrática. Por isso, alguns autores mencionam não somente um direito fundamental à informação, mas a existência de um direito à informação verdadeira e acessível como condição de possibilidade do Estado democrático.

Sem entrar na complexa discussão filosófica sobre "o que é verdade"[97], sugerem alguns penalistas que a disseminação de *fake news* viola justamente o direito à informação verdadeira, representando uma ameaça ao livre processo de formação de opinião em uma sociedade democrática. Aliás, há quem vá além e sustente a necessidade de reconhecer a existência a um direito à verdade, alçado à categoria de bem jurídico individual[98].

92. BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

93. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

94. Na Alemanha, os críticos da teoria do bem jurídico tem afirmado que ela não pode impor demandas quanto à legitimidade democrática do Parlamento para legislar. Com isso e, sobretudo desde a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre o incesto, se firmou posição no sentido de desvincular o conceito de bem jurídico da democracia. Autores como Gärditz sugerem que a teoria do bem jurídico incorpora uma "pretensão de dominação de uma expertocracia da justiça", tentando impor ao legislador uma receita para a sua atividade. Para ele, o relativismo seria a cosmovisão da democracia, o que conduz, desde uma perspectiva jurídico-filosófica, a um problema de premissa em relação à teoria do bem jurídico e sua tentativa de estabelecer os limites da atividade legiferante. GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. In: *Der Staat*, v. 49, n. 3, 2010. p. 350.

95. Entre outros: KAUFMANN, Armin. Die Aufgabe des Strafrechts. In: *Die Aufgabe des Strafrechts*. Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, vol 262. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1983. p. 05. JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*: eine kriminalsoziologische Untersuchung. Stuttgart: Enke, 1957. p. 6 e ss.

96. SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 627.

97. Como exemplo, recordamos o debate sobre o tema de quase uma década entre Gadamer e Habermas que se estabeleceu tendo a teoria do conhecimento como pano de fundo.

98. Ao analisar diversos tipos penais no ordenamento alemão, Puppe reconhece a inexistência de uma proibição geral à mentira, mas destaca que em alguns crimes, como na hipótese de delitos patrimoniais

Hoven assinala ainda que informações inverídicas põem em risco o discurso público objetivo, semeiam dúvidas sobre a credibilidade da política, do judiciário e da mídia, aprofundam o abismo no campo político, envenenam a cultura da discussão e transformam verdades em meras possibilidades. Logo, "uma sociedade liberal e pluralista que valorize o direito à liberdade de expressão deve também salvaguardar os fundamentos deste exercício da liberdade e proteger a verdade no discurso político"[99], sob pena de permitir que a esfera pública política do Estado Democrático de Direito deixe de ser percebida como um espaço inclusivo para o possível esclarecimento discursivo de reivindicações concorrentes com pretensão de validade e veracidade[100].

Contudo, ainda que se reconheça o direito à informação verdadeira como um valor essencial à luz da Constituição ou se indique a própria liberdade de expressão como bem jurídico a ser garantido como o faz Hoven ao defender a criminalização da divulgação de notícias falsas, é evidente que o âmbito e as características da liberdade de expressão e informação devem ser adaptados ao respectivo desenvolvimento das condições sociais e computacionais de difusão da informação[101].

Ainda que se concorde com a existência de um bem jurídico digno de proteção e que o direito penal moderno deva reagir e criar normas que afetem o comportamento comunicativo nas redes sociais, é essencial considerar os riscos de tal criminalização para a legitimidade do direito penal no Estado de Direito, a começar pelos princípios da legalidade e da subsidiariedade. A função preponderante do bem jurídico é servir de limite ao legislador, ou seja, é indispensável no processo de criminalização considerar o conceito negativo de bem jurídico e a sua função: reduzir a matéria de proibição estatal aos seus devidos limites. A inflação legislativa que caracteriza o direito penal brasileiro sobrecarrega o judiciário, reduz a credibilidade do direito penal e obnubila o conceito de bem jurídico como critério valorativo reitor das opções penais, impossibilitando a própria criação de uma teoria do bem jurídico[102].

(b) *A subsidiariedade do direito penal:* o direito penal, sobretudo, no Estado democrático, deve ser apenas a última entre as medidas protetivas a serem consideradas para a proteção de bens jurídicos. Isso conduz à ideia de que a pena é a "*ultima ratio* da política social"[103] e define a sua tarefa como a proteção subsidiária de bens jurídicos, ou seja, ela somente será

cometidos por meio de fraude, o direito à verdade possui não somente uma função negativa de limitação da responsabilidade criminal, mas uma função positiva de justificação. PUPPE, Ingeborg. *Das Recht auf Wahrheit im Strafrecht*. ZStW. 130(3). Berlin: De Gruyter, 2018. p. 671-672.

99. HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW. 129(3), 2017. p. 737-738.

100. Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022. p. 63.

101. SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, v. 166, n. 10, 2019. p. 623.

102. BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 50-51.

103. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020, § 2, Rn. 97. p. 86.

utilizada quando outros meios não penais de resolução de conflitos sociais falharem. Na medida em que o direito penal protege apenas parte dos bens jurídicos e nem sempre o faz de forma geral, é possível afirmar também a sua natureza fragmentária.

O problema político-criminal de delimitação da intervenção penal vincula-se ao que Baumann considera a função especial do direito penal: a proteção de bens vitais, oriundos dos interesses sociais mais importantes. Considerando, portanto, o caráter fragmentário do direito penal[104], essa proteção de bens jurídicos deve contemplar a subsidiariedade do direito penal, ou seja, a sua utilização como último recurso[105]. Assim, a "invenção" ou a "descoberta" politicamente oportuna de novos bens jurídicos, principalmente supraindividuais (coletivos), com o objetivo de ampliar o alcance de novos interesses, apresenta-se como um perigo para a legitimidade do direito penal[106].

Por isso, os frankfurtianos da primeira geração se posicionaram contrariamente à tentativa de criar um direito penal preventivo com a finalidade de gerir o que denominaram "problemas da sociedade moderna", como o meio-ambiente, a economia, o tratamento de dados, drogas, tributos e a criminalidade organizada[107]. Embora esse paradigma seja uma realidade, esses autores refutavam esse paradigma preventivo sob a justificativa de que a inserção do direito penal nessas áreas iria violar uma série de garantias essenciais do Estado de Direito, de modo que Hassemer se posicionou favoravelmente à redução do direito penal a um "direito penal nuclear" (*Kernstrafrecht*). Em contrapartida, os chamados "problemas modernos" deveriam ser solucionados por meio de um "direito de intervenção", situado entre o direito penal e o direito administrativo, o direito privado e o direito público[108].

A partir da famosa frase de Franz von Liszt de que "uma boa política social é a melhor política criminal"[109], o que se deve questionar aqui é: ainda que se reconheça a existência e a

104. BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 8. Aufl. 1913. Leipzig: Engelmann, Neudruck 1975. p. 20.

105. BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016. p. 05.

106. Ibidem, p. 07

107. Cf. HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992. p. 381. Embora Lüderssen seja considerado um expoente da tradição frankfurtiana, para ele a redução do direito penal a um núcleo essencial (*Kernbereich*) poderia significar simplesmente um retorno ao "direito penal de classes", com a manutenção das estruturas desiguais do sistema, uma vez que ao furto se imporia a pena, enquanto os crimes ambientais e econômicos se sujeitariam apenas às sanções mais suaves do direito de intervenção. LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 11.

108. HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992. p. 383. Nesse ponto, se faz necessário esclarecer que os desenvolvimentos de Marx e Hassemer sobre um "conceito de bem-jurídico universal" não negam a elegibilidade de bens jurídicos universais, mas afirmam que tais bens jurídicos devem servir ao indivíduo. Cf. MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: Heymanns, 1972. HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens* – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1973. p. 166.

109. LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Photomechan. Nachdr. d. Ausg. Berlin, Guttentag, 1905. 2 Bde. Berlin: de Gruyter, 1970. p. 246.

dignidade de um bem jurídico a ser protegido, existem meios alternativos ao direito penal e, portanto, menos danosos, aptos a resguardá-lo no caso de *fake news*? Se do merecimento da tutela penal não resulta a necessidade da intervenção punitiva, justifica-se a criminalização da conduta?

Uma vez que o princípio da subsidiariedade aponta para os limites não apenas do direito penal, mas da própria política social, sendo possível preservar bens jurídicos (seja o direito à informação ou a liberdade de expressão) sem recorrer à sanção penal, o caminho mais racional seria a não criminalização da conduta de disseminação de notícias falsas por meio da Internet. E é exatamente nesse ponto que o modelo de autorregulação regulada ao qual nos referimos anteriormente surge como um modelo normativo viável e com efeitos menos deletérios. A despeito das críticas à *NetzDG*, o marco regulatório alemão pode servir de inspiração para o Brasil, especialmente após entrar em vigor o novo *Medienstaatsvertrag* (*MStV*) que regula os direitos e obrigações de todos os fornecedores de mídia na Alemanha e se insere em um longo processo de adaptação do Direito e das instituições democráticas ao papel central que os serviços digitais desempenham na vida cotidiana da população e da economia.

Pilar importante da *NetzDG*, a autorregulação regulada foi incluída no Projeto de Lei 2.630/2020 – que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet – e se apresenta como um instituto moderno que institucionaliza a cooperação ou regulação dinâmica entre serviços digitais e o poder público. A solução para o problema encontra-se justamente na institucionalização de mecanismos de cooperação, no qual agrega-se o conhecimento das empresas do setor orientadas por interesses públicos.

Evidentemente, a profusão de notícias falsas é prejudicial e são necessários atualmente novos mecanismos jurídicos para a defesa das instituições democráticas e o asseguramento das condições para o exercício de direitos e garantias fundamentais. No entanto, convém observar que já existem inúmeros tipos penais que podem ser aplicados a casos envolvendo a difusão de *fake news* no ambiente digital. Além do recente art. 323 do Código Eleitoral, os crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) e, em casos mais graves, os delitos de ameaça, incitação ao crime e abolição violenta do Estado Democrático de Direito, podem estar configurados a partir da divulgação dessas notícias.

Por fim, deve-se ressaltar que, no âmbito do debate acadêmico, vale o rigor técnico, sendo indesejáveis o obscurantismo e a adoção de posturas populistas. Se entendermos a tarefa das ciências criminais como a imposição de limites racionais ao discurso de criminalização, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, a criação de tipos penais para coibir a divulgação de notícias falsas apenas irá fortalecer a irracionalidade dos apelos retóricos ao direito penal.

6. Considerações finais

Na Alemanha, costuma-se dizer que defender o fascismo não é expor uma opinião, mas cometer um crime (*Fascismus ist Keine Meinung, sondern ein Verbrechen*). A despeito do contexto histórico e das discussões jurídico-filosóficas sobre a responsabilidade alemã em relação a tais eventos, essa afirmação geralmente conduz a alguns questionamentos: o que é um

fascista ou quem deve ser considerado fascista? Quem decide o que é uma opinião e o que é um crime? Quem confere os contornos adequados a esses conceitos sujeitos ao *Zeitgeist*?[110]

Em um cenário democrático, essas perguntas não podem ser respondidas a partir de posições apaixonadas e maniqueístas, muito menos mediante a adoção de categorias como "amigo" e "inimigo". Embora se diga que o direito penal moderno foi delineado pelas ideias iluministas de secularização, racionalização, liberalização e humanização[111], a história confirma, conforme expusemos, o desprezo reiterado do programa de renovação humanista com o propósito de preservar relações de poder.

Como lembra Jorio, o paradigma em que estamos inseridos é o do Estado democrático de Direito, por isso, é a partir de suas premissas que se podem determinar os critérios mais adequados para controlar a atividade estatal de legislar[112]. Ainda que a liberdade de expressão não seja um direito absoluto, um dos maiores riscos de restringi-la criminalmente reside justamente no recurso à produção de inimigos como mecanismo funcional de instrumentalização política do direito penal.

Quando políticos e *influencers* se utilizam de "fatos alternativos", um eufemismo para notícias falsas, é quase inevitável relembrar George Orwell e seu romance *1984*. Impressionado com os crimes do stalinismo, Orwell descreve o Estado totalitário e insere no centro do poder o "Ministério da Verdade", órgão estatal que opera sob o lema: "quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla o passado"[113]. Ainda que o direito à informação seja considerado o bem mais precioso e uma das condições de legitimação da democracia contemporânea, a pretensão estatal de definir o que é verdadeiro configura um paradoxo em Estados democráticos, embora seja aceitável em governos autocráticos.

Isso não implica admitir a difusão de *fake news* na esfera pública, visto que esta sempre foi um conceito correlato ao de democracia, senão reconhecer que se trata de um problema estrutural da transformação da infraestrutura comunicacional da sociedade e a necessidade de lidar com esse fenômeno de modo mais criativo e menos danoso do que por meio de sua criminalização. Nas palavras de Vesting, "um novo modelo normativo para a esfera pública digital deve ser formulado de forma diferente"[114].

---

110. Nessa linha: ULBRICHT, Mike. Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heildelberg: C.F. Müller, 2017. p. 02.
111. HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019. SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.
112. JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas*: uma análise sob o prisma da filosofia retórica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020. p. 98.
113. ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Cia das Letras, 2009. E-Book Kindle.
114. VESTING, Thomas. The Impact of Artificial Intelligence on the Structures of the Modern Public Sphere. In: Morais, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The Rule of Law in Cyberspace*. Springer, 2022. p. 161.

O que se propõe, pois, é limitar o emprego do direito penal em razão dos custos oriundos da criminalização, em especial dos efeitos criminógenos da tutela penal. Um direito penal racional, condição almejada no Estado democrático, tem por postulado fundamental a sua não intervenção, quando se pode esperar idêntico resultado de um recurso mais brando. Considerando a experiência internacional sobre o tema e o potencial do modelo de autorregulação regulada inspirado na legislação alemã, melhor seria investir em regulações no âmbito digital com um viés menos focado no indivíduo e mais centrado no plano estrutural[115].

Com isso, seria possível evitar a criminalização do discurso público e integrar aspectos da autorregulação da indústria e da regulação externa (estatal), utilizando-se, quando necessário, as disposições penais vigentes. Ainda que se conclua pela existência de um bem jurídico digno de proteção, a abstenção da intervenção penal decorrente do princípio da subsidiariedade promoveria outra consequência positiva: eliminar o malefício político-criminal da promulgação de leis meramente simbólicas, ou seja, normas penais com aparência de eficácia, mas incapazes de responder às exigências práticas.

7. Referências

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelo de Direito proceduralizado – Regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972.

BARROSO, Luna Van Brussel. *Liberdade de expressão e democracia na era digital*: o impacto das mídias sociais no mundo contemporâneo. São Paulo: Fórum, 2022. E-book Kindle.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang; EISELE, Jörg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BINDING, Karl. *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. Besonderer Teil, 8. Aufl. 1913. Leipzig: Engelmann, Neudruck 1975.

BLASIUS, Dirk. *Geschichte der politischen Kriminalität in Deutschland (1800-1980)* – Eine Studie zu Justiz und Staatsverbrechen,1983.

BOLDT, Raphael. Dialética negativa da punição. In: BOLDT, Raphael (Org.). *Teoria Crítica e Direito Penal*. São Paulo: Editora D'Placido, 2020.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BUCHMANN, Johannes. Demokratie und Öffentlichkeit im Digitalen Zeitalter. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert* – zur Macht des Digitalen. Baden-Baden: Nomos, 2022.

115. Nesse sentido: CAMPOS, Ricardo. Die Transformation der Haftung der Intermediären in Brasilien. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert* – zur Macht des Digitalen. Baden-Baden: Nomos, 2022. p. 323-324.

CALLIESS, Rolf-Peter. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*: Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 2016.

CAMPOS, Ricardo. Die Transformation der Haftung der Intermediären in Brasilien. In: DÖHMANN, Indra; WESTLAND, Michael; CAMPOS, Ricardo. *Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert* – zur Macht des Digitalen. Baden-Baden: Nomos, 2022.

CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global*: sobre a interação entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Contracorrente, 2022.

DUVE, Thomas. *European Legal History*: Global Perspectives. In: Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2013-06.

EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a Regulação da Plataforma. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. In: *Der Staat*, v. 49, n. 3, 2010.

GÜNTHER, Klaus. *Von normativen zu smarten Ordnungen?* Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 8/2020.

GÜNTHER, Klaus. *Die Zukunft der Freiheit*. Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 9/2020.

GÜNTHER, Klaus. Transformações democráticas do direito penal moderno? Tradução de Raphael Boldt. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 180, ano 29, p. 49-70, jun. 2021.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2022.

HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens* – Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch, 1973.

HASSEMER, Winfried. Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 25. Verlag C.H. Beck, 1992.

HELD, David; FUCHS, Christian. *Digital Democracy and the Digital Public Sphere*: Media, Communication and Society. London/New York: Routledge, 2023.

HILGENDORF, Eric. Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des heutigen Strafrechts in der Aufklärung. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts: Grundlagen des Strafrechts*. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

HOVEN, Elisa. *Zur Strafbarkeit von Fake News* – de lege lata und de lege ferenda. ZStW, 2017.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*: eine kriminalsoziologische Untersuchung. Stuttgart: Enke, 1957.

JOHNSON, Pauline. *Habermas*: Rescuing the public sphere. London/New York: Routledge, 2006.

JORIO, Israel Domingos. *O conceito material de crime e a limitação do poder estatal de criminalizar condutas*: uma análise sob o prisma da filosofia retórica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Vitória, 2020.

KASSECKERT, Christian. *Straftheorie im Dritten Reich*: Entwicklung des Strafgedankens im Dritten Reich. Berlin: Logos Verlag Berlin, 2009.

KAUFMANN, Armin. Die Aufgabe des Strafrechts. In: *Die Aufgabe des Strafrechts*. Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, vol. 262. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1983.

KIRCHHEIMER, Otto. Politische Justiz, In: KIRCHHEIMER, Otto. *Funktion des Staates und der Verfassung* – Zehn Analysen, Frankfurt am Main: Suhrkamp,1972.

LADEUR, Karl-Heinz. Por um novo direito das redes digitais – Digitalização como objeto contratual, uso contratual dos "meios sociais", proteção de terceiros contra violações a direitos da personalidade por meio de *Cyber Courts*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LISZT, Franz von. *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Photomechan. Nachdr. d. Ausg. Berlin, Guttentag, 1905. 2 Bde. Berlin: de Gruyter, 1970.

LÜDERSSEN, Klaus. *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Fake News* e as novas ameaças à liberdade de expressão In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARX, Michael. *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut*: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre. Köln: Heymanns, 1972.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller, 2014.

NAUCKE, Wolfgang. *Negatives Strafrecht*: 4 Ansätze. Berlin: LIT, 2015.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Cia das Letras, 2009. E-Book Kindle.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

PUPPE, Ingeborg. *Das Recht auf Wahrheit im Strafrecht*. ZStW. 130(3). Berlin: De Gruyter, 2018.

RAIS, Diego. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

REUTER, Markus. Fake-News, Bots und Sockenpuppen – eine Begriffsklärung. *Netzpolitik.org*. Disponível em: [https://netzpolitik.org/2016/fakenews-social-bots-sockenpuppen-begriffsklaerung/]. Acesso em: 30.12.2022.

ROSENTHAL, Walther. *Das neue politische Strafrecht der "DDR"*. Frankfurt am Main/Berlin, 2009.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht.* Allgemeiner Teil: Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. Band I. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2020.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. In: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag. Göttingen 1970.

SANDER, Lisa Kathrin. *Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht*: Eine Kritik Präventionsdoktrin aus strafrechtlicher und empirischer Perspektive. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

SCHEERER, Sebastian. Die Meinungsfreiheit und ihre Grenzen. In: FISCHER, Susanne; HANKEL, Gerd; KNÖBL, Wolfgang (Hg.). *Die Gegenwart der Gewalt und die Macht der Aufklärung*. Festschrift für Jan Philipp Reemtsma. zu Klampen Verlag: Darmstadt, 2022.

SCHMIDT, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1965.

SCHREIBER, Markus. *Strafbarkeit politischer Fake News*: Zugleich eine Untersuchung zum materiell-rechtlichen Umgang mit der Informationswahrheit in Zeiten demokratiegefährdender Postfaktizität. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.

SCHULLER, Wolfgang. *Politisches Strafrecht in der DDR 1945-1953*. Hamburg, 1968.

SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst aber im Strafrecht das Rettende auch? Goltdammer's Archiv für Strafrecht, v. 166, n. 10, 2019.

STENGEL, Oliver; LOOY, Alexander; WALLASCHKOWSKI, Stephan (Coord.). *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*. Das Ende des Industriezeitalters und der Beginn einer neuen Epoche. Wiesbaden: Springer, 2017.

TEUBNER, Gunther. Regulatory law: chronicle of a death foretold. *Social and Legal Studies*, Londres, v. 1, n. 4, p. 451-475, dezembro, 1992.

TEUBNER, Gunther. Juridification: concepts, aspects, limits, solutions. In: Teubner, Gunther. *Juridification of social spheres*: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law. Berlin: Walter de Gruyter, 1987.

TÖNNIES, Ferdinand. *Der Kampf um das Sozialistengesetz 1878*. Berlin: Verlag von Julius Springer,1929.

ULBRICHT, Mike. *Volkerverhetzung und das Prinzip der Meinungsfreiheit*. Strafrechtliche und verfassungsrechtliche Untersuchung des § 130 Abs. 4 StGB. Heildelberg: C.F. Müller, 2017.

VESTING, Thomas. *Die Medien des Rechts*: Computernetzwerke. Velbrück Wissenschaft: Weilerwist, 2015.

VESTING, Thomas. A mudança da esfera pública pela inteligência artificial. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e regulação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VESTING, Thomas. The Impact of Artificial Intelligence on the Structures of the Modern Public Sphere. In: Morais, Carlos Blanco de; MENDES, Gilmar; VESTING, Thomas. *The Rule of Law in Cyberspace*. Springer, 2022.

VORMBAUM, Thomas. Entwicklungsphasen des Strafgesetzbuch. In: HILGENDORF, Eric; KUDLICH, Hans; VALERIUS, Brian. *Handbuch des Strafrechts*: Grundlagen des Strafrechts. Band 1. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*: Die Straftat und ihr Aufbau. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Como a tecnologia e as redes sociais estão contribuindo para a derrocada das democracias: uma análise sobre a era digital, de Fernanda Furlan Giotti – *RDTec* 14;
- Instituições, democracia e *fake News*, de Clèmerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto e Daniela Urtado – *RT* 1059/65-87;
- Uma abordagem analítica acerca das *fake news*, suas consequências e responsabilização à luz da necessidade de um controle judicial efetivo, de Amanda Carolina Santos Pessoa – *RDTec* 4; e
- Verdade e *fake news*, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – *RBCCrim* 199/29-51.

Boldt, Raphael. Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 161-194. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515844].

Processo Penal

O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores

The present and the possible future of standards of proof in Brazilian Criminal Procedure: the need to think critically about their use by Brazilian Superior Courts

Luísa Walter da Rosa

Mestra em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR (2023). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico na PUC Minas (2021) e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS (2020). Graduada em Direito pela UFSC (2018). Presidente da Comissão de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada da OAB/SC (2022/2024). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Associação de Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina (AACRIMESC) e do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Autora de livros sobre colaboração premiada, acordo de não persecução penal e justiça penal negociada, pela Emais Editora. Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5094657629897142].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-6976-0943].
luisawdarosa@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

Recebido em: 10.07.2023
Aprovado em: 28.11.2023
Última versão da autora: 11.12.2023

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Este trabalho objetiva averiguar se a utilização atual da figura dos *standards* probatórios pelos Tribunais Superiores brasileiros é adequada ao Estado Democrático de Direito. A temática vem ganhando relevância nos últimos anos, em especial diante na necessidade de aperfeiçoamento da valoração probatória e do controle da fundamentação das decisões judiciais. Através de um método dedutivo, com revisão bibliográfica e uma pesquisa do uso das variações

Abstract: This work aims to verify if the current use of the figure of standards of proof by Brazilian Superior Courts is adequate for the Democratic State of Law. The theme has been gaining relevance in recent years, especially in view of the need to improve evidentiary assessment and control of the grounds of judicial decisions. Through a deductive method, with a bibliographical review and research on the variations of the use of the terminology "standards of proof" in

Rosa, Luísa Walter da. O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 197-226. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

da terminologia "*standards* probatórios" nos mecanismos de pesquisa de jurisprudência do STJ e STF, iniciou-se o artigo conceituando *standards* probatórios, apontando suas funções e como ele se relaciona com a presunção de inocência. Em seguida, foi realizado um compilado de jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre os *standards* probatórios, o que demonstrou a sua utilização discricionária pelos julgadores, diante de uma importação acrítica da temática oriunda de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Diante disso, trouxeram-se alguns pontos chaves sobre o estudo dos *standards* probatórios no processo penal dos EUA, país que há muito se debruça sobre o tema, para auxiliar na abordagem do último tópico, que contém direcionamentos sobre possíveis caminhos a serem percorridos para fortalecer o embasamento teórico e a aplicação dos *standards* probatórios de maneira adequada ao processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo penal brasileiro – Direito probatório – *Standards* probatórios – Presunção de inocência – Fundamentos da decisão judicial.

the research mechanisms of STJ and STF jurisprudence, the article began conceptualizing standards of proof, pointing out their functions and how they relate to the presumption of innocence. Then, a compilation of the jurisprudence of the Superior Courts on standards of proof was carried out, which demonstrated its discretionary use by the judges, in view of an uncritical import of the theme from foreign legal systems. In view of this, some key points were brought about the study of standards of proof in the criminal procedure of the USA, a country that has long focused on the subject, to assist in the approach of the last topic, which contains directions on possible paths to be taken to strengthen the theoretical basis and the application of standards of proof in an adequate way to the Brazilian Criminal Procedure.

Keywords: Brazilian Criminal Procedure – Evidentiary Law – Standards of proof – Presumption of Innocence – Grounds of judicial decision.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é *standard* de prova? Conceito, funções e relação com a presunção de inocência. 3. O uso de *standards* probatórios pelos tribunais superiores brasileiros. 4. Breves apontamentos sobre o estudo dos *standards* probatórios no processo penal dos EUA. 4.1. Deve o *standard* probatório ser quantificável numericamente? Crítica ao uso de métodos matemáticos na esfera penal. 4.2. Relação entre carga probatória e o *standard* "para além da dúvida razoável". 4.3. Caso Brinegar V. United States: análise prática do *standard* probatório da *probable cause*. 5. Possíveis caminhos a serem percorridos para se pensar *standards* probatórios adequados ao processo penal brasileiro. 6. Considerações finais. 7. Referências. 8. Legislação. 9. Jurisprudência.

1. Introdução

No campo do processo penal, uma temática que vem ganhando espaço é a dos *standards* probatórios, isto é, parâmetros de suficiência probatória a serem alcançados em cada etapa da persecução penal, a fim de vencer a presunção de inocência.

Entretanto, não há ainda uma construção doutrinária e/ou jurisprudencial brasileira suficientemente sólida sobre o tema, seja no processo penal ou até mesmo no civil, o que dificulta e por vezes até impede o devido controle pelas partes do quê e do quanto está sendo

Rosa, Luísa Walter da. O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 197-226. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

considerado como suficiente no aspecto probatório na tomada de decisão, o que, de certa forma, é feito de maneira implícita (PEIXOTO, 2021, p. 237). Isso significa que

> "Se a legislação, doutrina e jurisprudência omitem-se, serão os juízes que, tendo por base suas próprias concepções acerca dos valores em jogo, construirão seus próprios estândares probatórios a cada caso julgado.
>
> Trata-se, por óbvio, de uma situação não desejável do ponto de vista da segurança jurídica e contrário a qualquer conceito de acesso à justiça, na medida em que os litigantes não possuem calculabilidade acerca das exigências probatórias relativas aos fatos em litígio." (PEIXOTO, 2021, p. 241).

Por certo que não deve haver um *standard* probatório para cada caso ou para cada julgador. A matéria é relevante, pois pode ser a solução de algumas questões como as seguintes: quanto de prova é o suficiente para decretar medidas cautelares e para condenar uma pessoa? Esse parâmetro é o mesmo, independente do crime a ser julgado, do local em que será julgado, de quem será o julgador e de quem é o acusado?

Antes de responder a essas perguntas, convém primeiro fixar pontos de partida sobre os parâmetros probatórios. Há uma certa tendência no Brasil de se importar instrumentos de ordenamentos jurídicos estrangeiros sem a necessária adaptação ao cenário legal do país.

Na esfera penal, isso vem acontecendo com cada vez mais frequência. Por um lado, muito se tem a aprender com as experiências de outras tradições jurídicas, por outro, a importação e aplicação sem um filtro crítico e sem (re)conhecer os detalhes e nuances de toda a trajetória evolutiva dos institutos tende a trazer inúmeros problemas, muitos deles que poderiam ser evitados. Por isso, a recomendação de que os institutos não sejam simplesmente transplantados e sim traduzidos de acordo com o contexto de cada ordenamento jurídico (LANGER, 2004).

Em razão disso, o caminho a ser percorrido neste trabalho parte da análise da importância dos *standards* probatórios para o processo penal, trazendo seu conceito, utilidade e finalidade, relacionando-os à presunção de inocência, e colacionando alguns julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que utilizaram a ideia dos parâmetros de prova como argumentos em decisões de matéria penal.

Em seguida, na ausência de parâmetros legais ou de uma teoria geral dos *standards* probatórios processuais no Brasil, trazem-se alguns pontos chave da discussão do assunto no processo penal dos Estados Unidos (EUA) para serem pensados como referências. Em três subtópicos foram sintetizados problemas oriundos da utilização desses parâmetros de prova, com a apresentação de uma síntese de um precedente da Suprema Corte estadunidense que envolve um *standard* probatório diverso do *beyond a reasonable doubt*, mas também aplicado a esfera penal, que é o da *probable cause*.

O último tópico condensa o conteúdo dos anteriores, explorando a importação do instituto dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro. Faz-se uma comparação entre o que vem sendo debatido sobre a temática nos Estados Unidos, considerando o uso do *standard* norte-americano do "para além da dúvida razoável" de forma cada vez mais constante pelos tribunais brasileiros e as ideias contidas na doutrina, opinando sobre o futuro do tema no país.

2. O que é *standard* de prova? Conceito, funções e relação com a presunção de inocência

Standard de prova pode ser definido como "uma estratégia que busca compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais" (MATIDA; VIEIRA, 2019, p. 227), configurando "um parâmetro mínimo para que uma hipótese fática possa ser considerada provada" (PEIXOTO, 2021, p. 155).

A respeito da função dos *standards* probatórios, extrai-se da doutrina que ela

> "consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada verdadeira. Quanto suporte probatório uma hipótese precisa apresentar para que seja considerada verdadeira e, na sequência, seja incluída como premissa menor do raciocínio decisório?" (MATIDA; VIEIRA, 2019, p. 229).

Em termos práticos, portanto, "o quanto deve ser demonstrado pela acusação para vencer o estado original de incerteza que marca a persecução penal e o que deve ser demonstrado pela defesa para obter uma decisão judicial favorável" (LUCCHESI, 2019, p. 166). Ainda quanto a suas funções, há como pensar os *standards* de prova como uma orientação aos sujeitos processuais, servindo como um guia objetivo para a avaliação das provas e uma distribuição de riscos (PEIXOTO, 2021, p. 155).

A ideia de *standard* de prova é associada ao estudo da liberdade de apreciação das provas pelo magistrado. Isso porque a análise para avaliar se o material se enquadra no *standard* mínimo a motivar uma decisão judicial restritiva de direitos na vida de uma pessoa é feita em cima de provas já coletadas, e a decisão parte de um magistrado com capacidade julgadora. Em suma, a formulação de *standards* serve para "compatibilizar a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais" (MATIDA; VIEIRA, 2019, p. 227).

Quanto a essa decisão, um dos critérios que podem embasá-la é o livre convencimento do juiz, que não é imotivado, e sim parte (ou deveria partir) de uma valoração racional e lógica do material probatório. O momento em que se realizará o livre convencimento deve ser após a análise da admissibilidade das provas e sua valoração. E se essa apreciação não é embasada em critérios de racionalidade, há perigo de se incorrer em arbitrariedade (KNIJNIK, 2007).

Segundo Knijnik (2007), um dos enfoques a partir do qual pode se submeter o princípio do livre convencimento a controle é o dos *standards* probatórios, denominados por ele de "modelos de constatação dos fatos". O autor afirma que a partir do momento que o juiz define os modelos de constatação a serem utilizados para valorar a prova e decidir, de forma fundamentada, esses critérios devem ser apresentados às partes, a fim de que elas possam debatê-los em contraditório, inclusive sugerindo a sua correção (KNIJNIK, 2007).

O intento de se colocar os parâmetros utilizados pelo magistrado "na mesa", viabilizando o contraditório, é capaz de resolver muitos dos problemas práticos para uniformizar os critérios que embasam cada decisão. Não obstante, antes de se exporem os critérios às partes, é preciso definir de onde eles vêm, da forma mais objetiva realizável. E para que não haja

Rosa, Luísa Walter da. O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 197-226. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

um processo penal diferente para cada pessoa ou caso, acredita-se que eles devam se originar na lei ou na jurisprudência, o que será abordado no último tópico.

Quanto à teoria dos modelos de constatação proposta por Knijnik, entende o autor que o parâmetro de prova adotado pelo julgador tem o poder de influir objetivamente no resultado concreto da decisão. É isso que justifica a relevância de se identificar o modelo que será utilizado e informar às partes da sua adoção, justamente a fim de permitir o seu controle (KNIJNIK, 2007).

Como a vida e a liberdade estão em jogo no processo criminal, um nível maior de prova é exigido nas decisões, se comparado à esfera cível, por exemplo. Condenação requer certeza e não alta probabilidade ou certeza subjetiva do julgador. Apesar disso, por mais que se definam os parâmetros e que estes sejam apresentados com clareza e submetidos ao contraditório, ainda permanece existindo um certo grau de probabilidade nas decisões judiciais. Isso deve ser levado em consideração não só pelo magistrado, mas em especial pelas partes, de que o que se busca é convencer que o fato é provavelmente (e não com toda a certeza) verdadeiro (KNIJNIK, 2007, p. 35).

Com isso, há que se admitir que existe um grau de falibilidade humano, que os *standards* probatórios (ou modelos de constatação) servem para facilitar e embasar o processo decisório, e que esses parâmetros devem ser flexíveis a cada caso concreto (KNIJNIK, 2007), garantindo certo espaço de discricionariedade aos seus aplicadores.

Mesmo que não seja admissível quantificar o convencimento judiciário, esses critérios predefinidos são capazes de auxiliar a tarefa judicial, a fim de evitar erros judiciais e garantir isonomia no tratamento dos casos e das partes no processo penal.

Quanto a uma possível relação entre *standards* probatórios e a presunção de inocência, o inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988). Logo, todo acusado parte de um *status* de presumidamente inocente, que vai sendo mitigado ao longo de toda a persecução penal, a depender das decisões proferidas, desde a investigação, até a sua transformação em réu mediante o recebimento da denúncia e instauração da ação penal. Por fim, se advém uma sentença penal condenatória, a culpa se torna reconhecida com o trânsito em julgado, e a presunção de inocência efetivamente afastada.

Para que a presunção de inocência seja derrotada, existem critérios a serem seguidos em cada uma dessas etapas. A título de exemplo, o recebimento de uma denúncia exige justa causa para a ação penal, conceito trazido no Código de Processo Penal[1], e delimitado pela doutrina e pela jurisprudência como existência de provas da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria (ROSA, 2020). Tal parâmetro pode ser considerado um *standard* de prova.

Acredita-se numa relação direta entre *standards* probatórios e presunção de inocência, pois esses parâmetros servem para definir quando há prova suficiente para proferir uma decisão condenatória e quando o magistrado estaria obrigado a absolver o réu por ausência

1. Art. 395, III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

de mínimo probatório para condenar (MATIDA; VIEIRA, 2019). Ou seja, um critério de suficiência probatória que vai definindo o grau de mitigação da presunção de inocência.

Essa relação possui, de certa forma, amparo legal, pois o Brasil aprovou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto Legislativo 112/2002, e o promulgou no Decreto 4.388, também de 2002. A referida normativa regula o chamado processo penal internacional, submetido à competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo mesmo estatuto. Ele contém a seguinte disposição:

> "Artigo 66
>
> *Presunção de inocência*
>
> 1. Toda a pessoa se presume inocente até provada sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
>
> 2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
>
> 3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável." (BRASIL, 2002).

Por mais que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional seja bastante específica[2], e que exista um debate sobre a extensão da aplicabilidade do estatuto aos Estados-partes (PIOVESAN; IKAWA, 2012), há uma previsão no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que em formato de ratificação, que, ao tratar sobre a presunção de inocência, também indica qual seria o parâmetro a ser ultrapassado para superá-la. O dispositivo é claro: só se pode condenar alguém quando a culpa restar provada para além da dúvida razoável. Não só se definiu que é necessário provar para condenar, como se fixou que é preciso provar para além da dúvida razoável.

Analisando a questão de forma pragmática, é plausível interpretar que, ao promulgar o Estatuto de Roma, o Brasil teria adotado o seu *standard* probatório, ou ao menos que esse seria o guia para que o assunto fosse enfrentado no país. Sem embargo, a doutrina diverge até mesmo se existem *standards* probatórios no processo penal pátrio (CARDOSO; PADRO; BESSA NETO, 2020). Conhecendo resumidamente a teoria, resta analisar a prática, verificando como a questão vem sendo aplicada pelas Cortes Superiores brasileiras.

3. O uso de *standards* probatórios pelos tribunais superiores brasileiros

Além da conceituação e da previsão legal, importa analisar se e como os Tribunais Superiores posicionam-se sobre a temática.

Os *standards* probatórios, seja de maneira ampla ou com enfoque especial no "para além da dúvida razoável", já vêm sendo aplicados em decisões judiciais no país, embora, por vezes, como mero elemento de retórica e não um parâmetro objetivamente a ser seguido.

Nota-se um desvirtuamento da ideia original do *standard* "para além da dúvida razoável", que seria a de dificultar a condenação de inocentes, ao dificultar as condenações em

2. O TPI tem jurisdição sobre quatro crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão, conforme art. 1º do Decreto 4.388/2002.

geral (LAUDAN, 2003; DEI VECCHI, 2020). O que se vê na prática brasileira é que o seu uso acabou facilitando a condenação, pois aplicado de forma genérica e subjetiva, sem se amoldar ao caso concreto.

Tal crítica já é apontada pela doutrina, que considera o "para além da dúvida razoável" pouco claro, subjetivo e aberto a muitas interpretações; gerando uma tautologia de que a prova será suficiente toda vez que o juiz ou tribunal disse que ela é suficiente (MATIDA; VIEIRA, 2019).

Com isso em mente, a título de exemplo, trazem-se alguns julgados proferidos pelos Tribunais Superiores brasileiros, valendo-se desse *standard*. A pesquisa dos casos se deu através dos próprios mecanismos de pesquisa disponíveis nos sites do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, pesquisando os termos "*standards* probatórios", "parâmetros de prova", "para além da dúvida razoável" e "beyond a reasonable doubt". Dos resultados obtidos, consultados até dezembro de 2022, excluíram-se aqueles que não se relacionavam ao processo penal, bem como os que repetiam fundamentações já utilizadas em casos análogos. Os escolhidos para serem a seguir citados foram selecionados em razão da preponderância do uso dos termos pesquisados como parâmetro de decisão. A análise se dará tanto em relação às ementas quanto ao inteiro teor dos acórdãos, ora por transcrição integral, ora por paráfrase.

Inicia-se o exame pelos casos do Supremo Tribunal Federal. Na AP 676, assim consta na ementa:

> "Ementa penal. Processual penal. Operação sanguessuga. Deputado federal. Quadrilha, corrupção passiva e crime licitatório do art. 90 da Lei 8.666/93. Colaboração premiada. Ausência de corroboração. *Insuficiência de prova acima de dúvida razoável. Presunção de inocência. Absolvição*. 1. A colaboração premiada é meio de obtenção de prova (artigo 3º da Lei 12.850/2013). Não se placita, antes ou depois da Lei 12.850/2013, condenação fundada exclusivamente nas declarações do agente colaborador. 2. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. *Como regra de prova, a formulação mais precisa é o standard anglo saxônico no sentido de que a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável (proof beyond a reasonable doubt), o qual foi consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. 2.1. Na espécie, ausente prova para além de dúvida razoável da participação do acusado, Deputado Federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas orçamentárias de sua autoria, do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas orçamentárias, ou de associação perene a grupo dedicado à prática de crimes contra a administração pública, particularmente no que diz quanto à aquisição superfaturada de ambulâncias com recursos federais. 3. Ação penal julgada improcedente."[3] (grifou-se).

No caso supracitado há uma correlação interessante feita pela Min. Rosa Weber entre o instituto da colaboração premiada e os *standards* probatórios, ao dizer que as provas

3. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 676, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 17.10.2017, Acórdão Eletrônico *DJe*-021, Divulg 05.02.2018, Public 06.02.2018. Brasília, 2017.

apresentadas pelo colaborador não superaram a dúvida razoável a fim de demonstrar a participação do acusado no crime a si imputado, motivo pelo qual foi absolvido. Aqui, o "para além da dúvida razoável" foi utilizado como critério para a absolvição.

Em outro caso, envolvendo uma ação penal privada de crime contra a honra, o "para além da dúvida razoável" foi utilizado para receber a queixa-crime, dispondo que o querelado não afastou a dúvida razoável de maneira robusta o suficiente a fim de impedir o recebimento da queixa[4].

Ainda no STF, existem inúmeros precedentes do Min. Celso de Mello[5], que usou recorrentemente o "para além da dúvida razoável" como critério a ser superado pelo Ministério Público na acusação. Um deles é o AgRg no HC 178.304, no qual foi negado provimento para manter a decisão monocrática do ministro, que havia determinado o trancamento da ação penal contra o paciente em razão da inépcia da denúncia.[6] No caso foi utilizado o parâmetro do "para além da dúvida razoável" como métrica a ser observada de imediato na primeira etapa da persecução penal, para constatar a insuficiência da imputação narrada na denúncia para justificar o deslinde da ação penal. Interessante o raciocínio, principalmente ao se considerar que o "para além da dúvida razoável" em geral é aplicado no momento da condenação e não no recebimento da denúncia.

Em caso mais recente, de agosto de 2022[7], o STF mais uma vez reconheceu existir um *standard* probatório a ser superado na etapa procedimental do recebimento da denúncia, que seria o da justa causa e da aptidão da denúncia, sem, contudo, especificar qual seria.

Outro caso em que a Suprema Corte se valeu do *standard* "para além da dúvida razoável" foi para avaliar a necessidade de se decretar a prisão preventiva de um acusado detentor do cargo de senador. Reconheceu-se a existência de indícios substanciais de autoria e materialidade na denúncia, todavia constatou-se a existência de dúvida razoável quanto ao preenchimento dos requisitos constitucionais para a prisão preventiva, motivo pelo qual foram impostas medidas cautelares alternativas[8].

Há também a análise de existência ou não de dúvida razoável em sede de requerimento de instauração de incidente de insanidade mental, no HC 102.936, parâmetro este previsto expressamente em lei.[9]

---

4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq. 2.968, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19.05.2011, *DJe*-157, Divulg 16.08.2011, Public 17.08.2011, Ement Vol-02567-01, PP-00021. Brasília, 2011.
5. Referenciam-se também o HC 73.338 (1996), HC 84.580 (2009), HC 83.947 (2007), HC 80.084 (2000), HC 88.875 (2010).
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 178.304 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 03.10.2020, Processo Eletrônico *DJe*-245, Divulg 07.10.2020, Public 08.10.2020. Brasília, 2020.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inq. 4.857, rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 16.08.2022, Acórdão Eletrônico *DJe*-165, Divulg 19.08.2022, Public 22.08.2022. Brasília, 2022.
8. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC 4.327 AgR-terceiro-AgR, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Roberto Barroso, 1ª T., j. 26.09.2017, Acórdão Eletrônico *DJe*-247, Divulg 26.10.2017, Public 27.10.2017. Brasília, 2017.
9. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 102.936, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 05.04.2011, *DJe*-078, Divulg 27.04.2011, Public 28.04.2011, Ement Vol-02510-01, PP-00204 RTJ Vol-00218-01 PP-00367. Brasília, 2011.

Outro precedente relevante da Suprema Corte é a AP 470, do caso Mensalão, em que consta menção expressa à suficiência de provas "para além da dúvida razoável", nesse caso, para condenar os acusados dos crimes de corrupção ativa e passiva[10].

Como se vê, há uso expressivo do *standard* "para além da dúvida razoável" pelo STF, ainda que sem previsão legal específica no Código de Processo Penal brasileiro, para as mais diversas finalidades, por vezes utilizado como argumento retórico, sem se explicar, por exemplo, quais critérios foram utilizados para se considerar a razoabilidade da dúvida.

Registra-se ainda o uso pelo Supremo Tribunal Federal do conceito de parâmetros de prova ao reconhecer, em 2021, a repercussão geral no debate da constitucionalidade da diferenciação das condições de trabalho necessárias à tipificação do trabalho como degradante em razão da realidade local em que realizado e qual seria o *standard* probatório para condenação pelo crime de redução a condição análoga à de escravo[11].

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há também uma significativa menção ao "para além da dúvida razoável" nos julgados. No HC 705.522, caso envolvendo a possível desclassificação da conduta de tráfico de drogas para porte para consumo, o raciocínio do Min. Rogério Schietti Cruz parte do argumento de que o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova; que a Lei 11.343/2006 não define parâmetros de diferenciação entre as figuras de usuário e traficante; que no caso concreto a quantidade de droga apreendida foi ínfima, o acusado negou a traficância e em razão disso, a presunção de inocência deveria ser operada a seu favor. Concluiu o ministro:

> "[...] 6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte objecti, quer a parte subjecti. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas. [...] 9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado [...]."[12]

No caso supracitado, o Ministro Rogerio Schietti Cruz correlaciona o princípio do livre convencimento do juiz com a derrocada da presunção de inocência, a partir da inexistência de dúvida para além da dúvida razoável para subsidiar uma condenação, sendo uma boa síntese dos critérios suscitados pela doutrina para que se faça uso da figura dos *standards* probatórios.

---

10. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.12.2012, Acórdão Eletrônico *DJe*-074, Divulg 19.04.2013, Public 22.04.2013, RTJ Vol-00225-01, PP-00011. Brasília, 2012.
11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 1,323,708 RG, rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, j. 06.08.2021, Processo Eletrônico *DJe*-164, Divulg 17.08.2021, Public 18.08.2021. Brasília, 2021.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 705.522/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 14.12.2021, *DJe* 17.12.2021. Brasília, 2021.

Já num caso da Operação Lava Jato, julgado pela Quinta Turma do STJ, o "para além da dúvida razoável" foi utilizado para manter o posicionamento da Corte de origem que reconheceu a suficiência da prova para condenar. Não há qualquer menção do que seria considerado ou não como dúvida razoável[13]. A Sexta Turma do STJ seguiu o mesmo raciocínio. Manteve-se o reconhecimento da suficiência de provas de autoria a partir da inexistência de dúvida razoável, também sem critério do que seria ou não razoável[14].

Em contrapartida, o critério da prova "para além de uma dúvida razoável" no passado foi utilizado para absolver um acusado pelo STJ[15] e para revogar um decreto de prisão preventiva em razão da existência de dúvidas razoáveis da sua participação na empreitada delitiva[16].

Não se limita o STJ, contudo, ao uso do *standard* "para além da dúvida razoável". Em 2021 e 2022 constata-se uma frequente menção à "fundada suspeita" presente no art. 244 do CPP como *standard* probatório a ser alcançado para a realização da busca pessoal[17]. Também se utilizaram as "fundadas razões" como critério de aferição de justa causa e *standard* probatório para ingresso no domicílio por agentes estatais[18]. Inexiste, todavia, quaisquer definições sobre o que consistiria "fundada suspeita" ou "fundadas razões", porém, nota-se certa similitude com o *standard* norte-americano da *probable cause*, que será analisado mais para frente.

Há uma interessante hierarquização de *standards* probatórios feita pela Corte Superior ao analisar o parâmetro a ser alcançado para validar o reconhecimento fotográfico como prova em sede de Habeas Corpus. Transcreve-se trecho do acórdão[19]:

> "Habeas corpus. Roubo. Reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Invalidade. Vítima que afirmou não conseguir identificar com segurança o suspeito. Manifesta ausência de justa causa. Trancamento do processo. Ordem concedida. [...]

13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.784.037/PR, rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDFT), 5ª T., j. 28.09.2021, *DJe* 13.10.2021. Brasília, 2021.
14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no REsp 1.916.881/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 14.09.2021, *DJe* 17.09.2021. Brasília, 2021.
15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no AREsp 555.223/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 13.04.2021, *DJe* 19.04.2021. Brasília, 2021.
16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 472.593/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 23.04.2019, *DJe* 03.05.2019. Brasília, 2019.
17. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 674.496/DF, relator Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 09.08.2022, *DJe* 18.08.2022. Brasília, 2022. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 158.580/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.4.2022, *DJe* 25.4.2022. Brasília, 2022.
18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC n. 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021. Brasília, 2021. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 728.208/GO, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 27.09.2022, *DJe* 04.10.2022. Brasília, 2022.
19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 734.709/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 07.06.2022, DJe 10.06.2022. Brasília, 2022.

> 5. *Se, por um lado, o standard probatório exigido para a condenação é baseado em juízo de certeza que exclua qualquer dúvida razoável quanto à autoria delitiva, por outro lado, para o início de uma investigação, exige-se um juízo de mera possibilidade. A justa causa para o oferecimento da denúncia, a seu turno, situa-se entre esses dois standards e é baseada em um juízo de probabilidade de que o acusado seja o autor ou partícipe do delito*." (grifou-se).

A mesma gradação se percebe em outro Habeas Corpus[20], que atestou que o *standard* probatório para recebimento da denúncia é menos rigoroso que para eventual juízo condenatório, e num Agravo Regimental em Habeas Corpus, que também considerou menos rigoroso o *standard* para decretação da prisão preventiva se comparado ao da condenação[21]. Em contrapartida, o STJ considerou como mais elevado o padrão de prova exigido para a decisão de pronúncia[22].

Menciona-se ainda o uso da terminologia *standards* probatórios para a análise da legalidade da quebra de sigilo bancário e fiscal:

> "Recurso em Habeas Corpus. Lavagem de dinheiro. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Operação publicano XVI. Motivação idônea. Ilegalidade não configurada. Recurso não provido. [...] 2. *Tanto a representação ministerial quanto a decisão proferida pelo Magistrado singular denotam haver standard probatório suficiente para justificar a necessidade da medida*, diante das notícias de movimentações financeiras incompatíveis com os vencimentos auferidos pelo primeiro recorrente no exercício do cargo de auditor fiscal e com os frutos das atividades supostamente desenvolvidas pela empresa constituída por ele e por seu filho, o segundo postulante, além da notícia de diversas operações financeiras suspeitas, entre os anos de 2005 e 2016, realizadas em nome de pessoas jurídicas da titularidade dos ora recorrentes ou de seus familiares, que não eram compatíveis com as declarações prestadas no Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas envolvidas, a reforçar a suspeita de ilegalidade de tais ações."[23] (grifou-se).

De todos os precedentes supracitados, tanto do STF quanto do STJ, é possível verificar que há uma razão de ser na crítica doutrinária sobre o uso retórico do "para além da dúvida razoável", pois no Brasil ele já foi utilizado como argumento amplo tanto para condenar/prender quanto para absolver/soltar. Percebe-se, salvo algumas exceções, uma falta de pormenorização do porquê foi utilizado esse *standard*, a partir de qual critério, o que seria considerado como dúvida razoável e porque um parâmetro estrangeiro estaria sendo utilizado no processo penal brasileiro.

---

20. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 617.542/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 22.03.2022, *DJe* 28.03.2022. Brasília, 2022.
21. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 656.780/CE, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 19.4.2022, *DJe* 25.04.2022. Brasília, 2022.
22. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 560.552/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 23.02.2021, DJe 26.02.2021. Brasília, 2021.
23. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 148.293/PR, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 17.05.2022, *DJe* 24.05.2022. Brasília, 2022.

E ainda mais preocupante é o fato de que, pelo que se extrai da maioria dos posicionamentos das Cortes Superiores, esse parâmetro de prova seria mais utilizado para diminuir a exigência probatória para a acusação sustentar uma condenação, enquanto nos países em que se originou o parâmetro ele é considerado o de maior exigência de suficiência probatória (PEIXOTO, 2021, p. 249; LUCCHESI, 2019, p. 175).

Por outro lado, em especial no Superior Tribunal de Justiça, nota-se um certo aprofundamento do uso de *standards* probatórios em diferentes etapas procedimentais, demonstrando conhecimento sobre a inevitabilidade de progressão dos parâmetros conforme forem se aproximando da decisão final, o que comprova a urgência do seu estudo para o presente e o futuro do processo penal brasileiro.

4. Breves apontamentos sobre o estudo dos *standards* probatórios no processo penal dos EUA

Como se viu no tópico anterior, parâmetros estrangeiros de suficiência probatória são utilizados pelos Tribunais brasileiros como razão de decidir, porém, em geral, sem a necessária adaptação ao cenário legal do Brasil.

Em razão dessa realidade, e pensando numa indispensabilidade de se fortalecer os critérios de uso e importação desses *standards*, agora serão trazidos alguns traços estudados pela doutrina norte-americana, no que concerne à utilização dos *standards* probatórios e aos problemas práticos deles decorrentes. Escolheu-se os EUA pelo país ser considerado o berço do "para além da dúvida razoável". O cerne das questões a seguir analisados deriva do impacto do uso de *standards* probatórios na presunção de inocência.

4.1. Deve o standard *probatório ser quantificável numericamente? Crítica ao uso de métodos matemáticos na esfera penal*

Quando se fala em parâmetros de prova, muitas vezes, se associa o assunto à esfera quantitativa, às estatísticas, aos números no processo. Já há um grau de dificuldade em quantificar o conteúdo de processos no Direito em geral. Na esfera penal, mais ainda, em razão das especificidades dos casos e do fator humano envolvido, tanto em relação à vítima, ao acusado, quanto à própria acusação, defesa e acusador. Não há como, de pronto, reduzir o direito penal a números sem que exista uma margem de adaptação a cada caso concreto.

Há uma tendência da jurisprudência norte-americana em tentar quantificar o "atendimento *do burden of evidence* de acordo com critérios matemáticos" (BADARÓ, 2019, p. 243), o que pode ser perigoso tanto na condução real de julgamentos, sejam eles civis ou criminais, quanto na concepção de novos procedimentos para o sistema de julgamento como um todo (TRIBE, 1971, p. 1329-1330).

Métodos matemáticos, no Direito, não são sinônimos de aumento da precisão do julgamento, pelo contrário, em razão do conflito inerente com outros valores importantes, não auferíveis numericamente, como a dignidade da pessoa humana. Isso não significa que tais métodos devam ser de pronto afastados, o que a doutrina estadunidense propõe é afastar é o seu uso de forma genérica, para, em troca, adequá-los caso a caso.

Rosa, Luísa Walter da. O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 197-226. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

Na doutrina sobre direito probatório, Taruffo é contra a quantificação em termos probabilísticos do grau de confirmação probatória de uma hipótese (2016, p. 151). E na doutrina brasileira, também existe posicionamento refutando o uso da probabilidade matemática no processo, em razão "de seu pressuposto generalizador incabível sob a ótica do acertamento dos fatos e da pacificação social com justiça" (AUILO, 2021, p. 139).

Para enfrentar a matéria a partir da visão norte-americana, será analisado como paradigma um texto de Tribe (1971), no qual se discute o uso de métodos matemáticos no processo. Nele, se questiona a propriedade de se permitir que as partes em um processo usem evidências explicitamente estatísticas ou argumentos abertamente probabilísticos para vários fins, e a permissão ou vedação ao julgador de resolver as reivindicações conflitantes de um processo com a ajuda de métodos matemáticos. Outro detalhe centra-se na conveniência de empregar tais métodos para estabelecer as regras processuais e probatórias segundo as quais os processos judiciais geralmente devem ser conduzidos (TRIBE, 1971, p. 1330).

Para Tribe, o uso da matemática pode se dar como uma ferramenta para a tomada de decisões, e não simplesmente como um modo de pensamento (1971, p. 1331). Por exemplo, em relação às perícias, os resultados resumidos em argumentos matemáticos podem ser impressionantes para o leigo, e, em razão disso, manipulados para sustentar a visão de quem os utiliza como argumento (TRIBE, 1971, p. 1334).

Para evitar essa manipulação, sugere o autor que a evidência matemática não seja considerada por si só, e sim combinada adequadamente com outra evidência mais convencional, capaz de a corroborar, o que facilitaria inclusive a superação do *standard* de prova (TRIBE, 1971, p. 1350).

Outro pormenor que deve ser levado em consideração é que um número possui um peso, um grau de certeza que fala por si só. Dizer que existe 97% de chance de o acusado ter utilizado a faca que matou a vítima, no exemplo utilizado pelo autor, ignora seu estado de espírito no momento do crime, sua intenção, sua vontade e a consciência de estar praticando um ilícito. Um número é ou não é, não existe "poder ser", enquanto o elemento subjetivo do crime – o dolo – possui essas nuances (TRIBE, 1971, p. 1365-1366). Por isso se exige um certo cuidado com a utilização de certezas matemáticas na esfera penal, cujo contexto subjetivo da autoria é tão importante quanto a materialidade em si. Nesse sentido, relacionando esse fator com a presunção de inocência:

> "Uma consequência da prova matemática, então, pode ser desviar o foco de elementos como volição, conhecimento e intenção, para elementos como identidade e ocorrência – pela mesma razão que as variáveis fortes tendem a sobrepujar as fracas. Não está de forma alguma claro que tais ganhos marginais, se houver, como podemos obter ao encontrar respostas um pouco mais precisas, não seriam compensados por uma tendência a enfatizar as questões erradas."[24] (tradução livre).

24. No original: One consequence of mathematical proof, then, may be to shift the focus away from such elements as volition, knowledge, and intent, and toward such elements as identity and occurrence – for the same reason that the hard variables tend to swamp the soft. It is by no means clear that such marginal gains, if any, as we may make by finding somewhat more precise answers would not be offset by a tendency to emphasize the wrong questions. (TRIBE, 1971, p. 1366).

Em resumo, deixa-se de lado a busca da compreensão dos motivos que levaram a pessoa a cometer o crime para focar no grau de probabilidade dela o ter cometido, o que ignora a concepção de presunção de inocência, transformando-a em presunção de culpa (TRIBE, 1971, p. 1368-1371).

Sobre o *standard* "para além da dúvida razoável", há uma proposta de alguns autores de quantificá-lo em termos de certeza, valendo-se inclusive de porcentagens. Apesar disso, alega Tribe que o conceito não significa nenhuma medida matemática do grau preciso de certeza que se exige na condenação criminal,

> "[...] mas um sutil compromisso entre o conhecimento, por um lado, de que não podemos realisticamente insistir na absolvição sempre que a culpa for menos do que absolutamente certa, e a constatação, por outro lado, de que o custo de tornar isso claro explicitamente e com precisão calculada no próprio procedimento seria muito alto."[25] (tradução livre).

Conclui o autor que há que se sopesar os custos de tentar integrar a matemática no processo penal com os seus ditos benefícios, porque a presunção de inocência, e todas as nuances do direito de defesa importam não apenas como dispositivos para alcançar ou evitar certos tipos de resultados de julgamento,

> "mas também como afirmações de respeito ao acusado como ser humano – afirmações que lembram a ele e ao público sobre o tipo de sociedade que queremos nos tornar e, de fato, sobre o tipo de sociedade que somos. [...]
>
> Empregar técnicas matemáticas para ajudar a escolher aquela regra que maximizará uma combinação apropriadamente ponderada de certos valores ou preferências é tomar esses valores como dados – como objetos fora das regras entre as quais se está escolhendo. Na verdade, porém, a própria escolha de uma regra em vez de outra – de uma regra que o acusado não pode ser forçado a testemunhar contra si mesmo, por exemplo – pode por si mesma evidenciar e de fato constituir uma mudança na mistura de valores básicos da sociedade que fez a escolha em questão."[26] (tradução livre).

Em conclusão, a evidência matemática pode ser mais enganosa do que útil. O texto de Tribe citado anteriormente foi publicado em 1971, mas não poderia ser mais atual.

---

25. No original: [...] but a subtle compromise between the knowledge, on the one hand, that we cannot realistically insist on acquittal whenever guilt is less than absolutely certain, and the realization, on the other hand, that the cost of spelling that out explicitly and with calculated precision in the trial itself would be too high. (TRIBE, 1971, p. 1375).

26. No original: but also as affirmations of respect for the accused as a human being – affirmations that remind him and the public about the sort of society we want to become and, indeed, about the sort of society we are. [...] To employ mathematical techniques to help choose that rule which will maximize an appropriately weighted mix of certain values or preferences is to take those values as given – as objects outside the rules among which one is choosing. In fact, however, the very *choice* of one rule rather than another – of a rule that the accused cannot be forced to testify against himself, for example – may itself evidence and indeed constitute a *change* in the mix of basic values of the society that has made the choice in question. (TRIBE, 1971, p. 1392-1393).

Como se viu, os Estados Unidos vêm há anos debatendo a construção de uma teoria dos *standards* probatórios, avaliando possíveis pontos positivos e negativos. Pelo exposto do autor, a quantificação, a numeração, a redução da valoração probatória no direito penal, a sua transformação em critérios matemáticos deve ser analisada com cautela pois, apesar de sedutora, sua utilidade é baixa.

4.2. Relação entre carga probatória e o standard *"para além da dúvida razoável"*

Nos EUA, o *standard beyond a reasonable doubt* é centenário, sendo o cerne do processo penal adversarial (RAMOS, 2020, p. 203). No caso *In re Whinship*, de 1970, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que a aplicação do *standard* "para além da dúvida razoável" resulta de uma exigência da cláusula constitucional do devido processo legal (ACCATINO, 2011, p. 489), além de fornecer um embasamento concreto para a presunção de inocência (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1970).

O *beyond a reasonable doubt* foi criado no intuito de garantir que o Estado não punirá o inocente para apanhar mais facilmente o culpado, servindo como uma espécie de proteção às pessoas acusadas de uma prática criminosa. Muitos países ainda o consideram como um auxílio na garantia de que o ônus da prova recaia sobre a acusação, e não sobre o acusado (SHEPPARD, 2003, p. 1166).

Sheppard relaciona o *standard* "para além da dúvida razoável" com a carga probatória no processo penal norte-americano (SHEPPARD, 2003, p. 1166). Para o autor, o processo penal norte-americano foi evoluindo não para proteger mais plenamente os inocentes, e sim como um meio de condenar mais facilmente o acusado. Isso significa que a absolvição foi se tornando mais dificultosa, enquanto a quantidade necessária de evidências, de provas para condenar diminuíram. Ele segue o raciocínio dizendo que essas mudanças referentes à carga probatória e a solidificação do "para além da dúvida razoável" como *standard* de condenação penal tem potencial de prejudicar, mitigar e até desmantelar a presunção de inocência (SHEPPARD, 2003, p. 1169).

Interessante verificar que desde esse período já se dizia que o parâmetro da dúvida razoável teve o efeito de reduzir o ônus da prova da acusação em julgamentos criminais, e não necessariamente evitar a condenação de inocentes (MORANO, 1975).

Sobre a evolução histórica da carga probatória nos EUA, antes do século XVIII, reinava o poder discricionário dos jurados em julgar a verdade dos fatos, no qual o ônus da prova era basicamente um ônus de persuasão e não comprovação em si (SHEPPARD, 2003, p. 1173-1174).

Já entre os séculos XVII ao XIX surge a ideia de certeza moral e dúvida razoável. Para medir a suficiência, a confiança da evidência, o critério era que uma questão de certeza moral tinha que ser tão certa que nenhuma pessoa não enviesada discordaria dela. Se o homem médio duvidasse, não haveria certeza moral, mas apenas opinião e probabilidade (SHEPPARD, 2003, p. 1179-1180).

Aí surge justamente essa questionável figura do homem médio, supostamente não enviesado, para definir os conceitos de certeza moral e dúvida razoável. Na época, uma pessoa

razoável era capaz de certeza moral, e se essa pessoa razoável tivesse dúvida, essa dúvida também seria razoável.

Nos primeiros anos do século XIX, havia três formas essenciais para falar sobre as obrigações dos jurados de absolver – se eles tinham alguma dúvida, se eles não tinham certeza moral, ou se eles tinham dúvidas razoáveis. Dúvidas razoáveis deveriam ser significativas, ou pelo menos não serem "conjecturas leves" ou "suposições remotas" (SHEPPARD, 2003, p. 1195).

Em termos de definição clássica, colaciona-se a seguir o primeiro conceito do *standard* "para além da dúvida razoável", elaborado pelo Chief Justice Shaw, da Corte Suprema de Massachusetts, no julgamento do caso Commonwealth v. Webster, em 1850:

> "[O que] é uma dúvida razoável? É um termo usado com frequência, provavelmente muito bem compreendido, mas não facilmente definido. Não é mera dúvida possível; porque tudo relacionado aos assuntos humanos, e dependendo da evidência moral, está aberto a alguma dúvida possível ou imaginária. É esse estado do caso, que, após toda a comparação e consideração de todas as provas, deixa as mentes dos jurados na condição de que eles não podem dizer que sentem uma convicção permanente, uma certeza moral, da veracidade da acusação. O ônus da prova recai sobre o promotor. Todas as presunções da lei, independentemente da prova, são a favor da inocência; e toda pessoa é considerada inocente até que seja provada sua culpa. Se, após tal prova, restar uma dúvida razoável, o acusado tem direito ao benefício dela por meio de uma absolvição. Pois não é suficiente estabelecer uma probabilidade, embora decorrente da doutrina das chances, de que o fato acusado é mais provável de ser verdadeiro do que o contrário; mas a evidência deve estabelecer a verdade do fato com uma certeza razoável e moral; uma certeza que convence e dirige a compreensão e satisfaz a razão e o julgamento daqueles que devem agir conscientemente sobre ela. Isso nós consideramos uma prova além de qualquer dúvida razoável."[27] (tradução livre).

No final do século XIX, foi através deste conceito de "prova além de qualquer dúvida razoável" que o *standard* se tornou o padrão onipresente para julgamentos criminais nos

27. No original: [W] hat is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt; because every thing relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence; and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary; but the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty; a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt. Commonwealth v. Webster, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850). In: (SHEPPARD, 2003, p. 1200).

Estados Unidos da América, e foi a partir disso que surgiram inúmeras críticas ao referido parâmetro de prova (SHEPPARD, 2003, p. 1227).

Uma delas era justamente a multiplicidade de significados para o que seria dúvida razoável. A título de exemplo, Sheppard colaciona onze definições diferentes de dúvida razoável utilizadas para instruir jurados em julgamentos nos EUA:

> "1. A dúvida razoável é a dúvida forte, real, substancial ou bem fundada.
>
> 2. A dúvida razoável é o oposto da certeza moral.
>
> 3. A dúvida razoável é o oposto de uma condenação permanente na culpa do réu.
>
> 4. A dúvida razoável deve ser uma crença conscienciosa.
>
> 5. A dúvida razoável deve ser uma dúvida ou crença que pode ser considerada como homem.
>
> 6. A dúvida razoável deve ser forte o suficiente como uma dúvida que influenciaria uma ação em assuntos privados.
>
> 7. A dúvida razoável deve ser uma dúvida para a qual uma razão pode ser dada.
>
> 8. A prova além de uma dúvida razoável requer mais do que uma suspeita ou probabilidade de culpa.
>
> 9. A dúvida razoável requer mais do que uma probabilidade ou suposição de inocência.
>
> 10. A dúvida razoável requer mais do que uma possibilidade de inocência.
>
> 11. A dúvida razoável pode ser baseada em qualquer fato."[28] (tradução livre).

O que se vê ao se ler essas afirmações é que nenhuma definição é clara o suficiente. O parâmetro do que seria considerado dúvida razoável é alterado a depender das circunstâncias de cada caso: quem julga, onde será julgado e o que será julgado, o que claramente vai ao encontro do posicionamento de Sheppard de que o *standard* desmantela a presunção de inocência, podendo até mesmo transformá-la numa verdadeira presunção de culpa.

Há na doutrina brasileira quem entenda que mesmo pairando essa incerteza conceitual, pode-se apontar que o "para além da dúvida razoável" seria compatível com a presunção

28. No original:

> 1. Reasonable doubt is strong, real, substantial, or well-founded doubt.
>
> 2. Reasonable doubt is the opposite of moral certainty.
>
> 3. Reasonable doubt is the opposite of an abiding conviction in the defendant's guilt.
>
> 4. Reasonable doubt must be a conscientious belief.
>
> 5. Reasonable doubt must be a doubt or belief that can be held as men.
>
> 6. Reasonable doubt must be strong enough as a doubt that would influence an action in private affairs.
>
> 7. Reasonable doubt must be a doubt for which a reason can be given.
>
> 8. Proof beyond a reasonable doubt requires more than a suspicion or probability of guilt.
>
> 9. Reasonable doubt requires more than a probability or supposition of innocence.
>
> 10. Reasonable doubt requires more than a possibility of innocence.
>
> 11. Reasonable doubt can be based on any fact. (SHEPPARD, 2003, p. 1234).

de inocência, pois o réu só poderá ser considerado culpado quando a acusação provar suficientemente a sua culpa, apresentando provas que superem a referida presunção (ANDRADE, 2022, p. 256).

Sampaio se esforça em tentar definir a dúvida razoável para justificar a aplicação do *standard* "para além da dúvida razoável" no processo penal brasileiro. Para o autor, num contexto de relevância processual de cada caso concreto, reconhece-se a dúvida razoável "quando se torna possível a formulação de uma hipótese alternativa plausível (razoável) em relação ao mesmo fato representado na imputação" (SAMPAIO, 2022, p. 469).

Todavia, pensa-se que não se pode ignorar as contundentes e embasadas críticas produzidas durante séculos pela doutrina norte-americana, que vem debatendo o conceito, a eficácia da utilização do *standard*, sua relação com a segurança jurídica, com a garantia de um procedimento justo e com a observância dos direitos do acusado, que, ao que tudo indica, são também plenamente aplicáveis ao estado da arte do instituto no Brasil.

4.3. *Caso Brinegar V. United States: análise prática do* standard *probatório da* probable cause

O último item a ser analisado sobre a discussão dos *standards* probatórios no processo penal dos Estados Unidos é o Caso *Brinegar v. United States*, de 1949, que trata sobre o uso do *standard* probatório da *probable cause*/causa provável na esfera penal. Tal parâmetro é contrastantemente baixo ao ser comparado com o "para além da dúvida razoável", e essa diferença fica clara porque o primeiro, conforme se verá a seguir, é utilizado para fins de investigação, apuração da prática criminosa, enquanto o segundo para condenar.

No precedente analisado, o réu foi condenado em um Tribunal Distrital Federal por uma violação do *Licor Enforcement Act* de 1936, sob a acusação de transportar bebidas alcoólicas para Oklahoma, em desacordo com as leis daquele estado. Ele contestou a validade de sua condenação por causa do uso como prova contra ele de bebida alcoólica apreendida em uma busca em seu automóvel sem mandado e supostamente em violação da Quarta Emenda, que atesta que é válida a revista de um veículo em movimento em uma via pública, sem mandado, mas somente se houver causa provável para a busca.

Para fins de definição, a Suprema Corte atestou que causa provável para a revista/busca existe quando os fatos e circunstâncias de conhecimento dos policiais, e dos quais eles possuem informações razoavelmente confiáveis, são suficientes em si mesmos para justificar a crença do homem médio de que um crime está sendo cometido (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1949).

O cerne do debate do caso foi a diferença entre o que é necessário para provar a culpa em um caso criminal e o que é necessário para demonstrar a causa provável para prisão ou busca.

Entrando nos detalhes do julgado, em tradução livre, em sede de audiência, um dos agentes federais que fez a busca e apreensão relatou ter prendido o acusado cinco meses antes por transporte ilegal de bebida alcoólica; que ele tinha visto duas vezes o acusado carregando bebida alcoólica em um carro ou caminhão no Missouri, onde a venda de bebida

era legal, e que ele sabia que o acusado tinha a reputação de transportar bebidas alcoólicas (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1949).

Este agente, acompanhado por outro, reconheceu o acusado e seu carro, que parecia estar muito carregado, indo para o oeste em Oklahoma, não muito longe da linha de Missouri. Eles perseguiram, ultrapassaram o acusado e forçaram o carro dele para o lado da estrada. Durante a abordagem, o acusado admitiu que tinha doze caixas de álcool em seu carro. Após os questionamentos, os policiais revistaram o veículo, apreenderam a bebida e prenderam o acusado.

Sustentou o recorrente que não havia causa provável quando os agentes começaram a perseguição. Já a acusação afirmou que a confissão voluntária feita pelo acusado após a sua detenção constituía causa provável de busca, independentemente da legalidade da prisão e detenção, e que, portanto, a prova era admissível.

Segundo a Suprema Corte, há uma grande diferença entre se provar culpa e causa provável de que um crime esteja ocorrendo e precise ser investigado, especialmente na quantidade e nos modos de prova exigidos para estabelecê-las.

Por uma variedade de razões, relacionadas não apenas ao valor probatório e confiabilidade, mas também ao possível efeito prejudicial sobre um julgamento no júri e a ausência de oportunidade para *cross examination*, as regras de prova/*standards* probatórios geralmente aceitos oferecem muitas proteções excludentes sobre aquele que é acusado de um crime (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1949).

Atesta o precedente que a culpa em um caso criminal deve ser provada além de qualquer dúvida razoável, parâmetro este baseado em regras que salvaguardam os homens de condenações duvidosas e injustas, com consequentes perdas de vida, liberdade e propriedade.

Ao lidar com a causa provável, entretanto, como o próprio nome indica, lida-se com probabilidades, com considerações práticas e factuais da vida cotidiana sobre as quais os homens racionais e prudentes (homem médio), não os operadores jurídicos, agem. O padrão de prova é consequentemente correlato ao que deve ser provado.

Consta na decisão que esses padrões prevalecentes buscam proteger os cidadãos de interferências precipitadas e irracionais na privacidade e de acusações infundadas de crime. Eles também procuram dar margem de manobra justa para a aplicação da lei na proteção da comunidade. Como muitas situações que os policiais enfrentam no exercício de suas funções são de certa forma ambíguas, deve-se permitir alguns erros de sua parte. Mas os erros devem ser cometidos por homens razoáveis, agindo com base nos fatos levando sensatamente às suas conclusões de probabilidade (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1949).

Conclui a Corte que a regra da causa provável é uma concepção prática e não técnica que oferece o melhor compromisso que foi encontrado para acomodar esses interesses muitas vezes opostos. Exigir mais dificultaria indevidamente a aplicação da lei. Permitir menos seria abandonar a lei – permanecendo os cidadãos à mercê dos caprichos dos oficiais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1949).

Em resumo, a *probable cause* nos Estados Unidos é considerada como a quantidade suficiente de provas para se efetuar uma prisão ou expedir um mandado de busca, da mesma maneira que é utilizada para estabelecer o grau de suficiência probatória necessária para que se autorize o início de uma ação penal (ANDRADE, 2022, p. 192).

A finalidade de se analisar outro tipo de *standard* probatório aplicado ao processo penal é demonstrar que a prática não se limita ao "para além da dúvida razoável", que tende a ser o majoritariamente aplicado no Brasil, e que há uma gradação do nível de exigência probatório a cada etapa da persecução penal.

Por outro lado, a análise da decisão basicamente corrobora as críticas trazidas nos subtópicos anteriores a respeito do uso da probabilidade no processo penal e dos perigos da utilização de conceitos abstratos como a figura do homem médio.

5. Possíveis caminhos a serem percorridos para se pensar *standards* probatórios adequados ao processo penal brasileiro

Diante do que foi visto até aqui, constata-se que a temática dos *standards* probatórios é complexa, tanto em termos doutrinários e legais quanto de aplicação prática. Todavia, acredita-se ser necessário encarar o tema como uma forma de conferir maior segurança jurídica ao ordenamento, em especial às decisões em matéria penal.

Os Tribunais Superiores brasileiros já vêm aplicando parâmetros estrangeiros sem aparentar um critério definido de importação. E por mais que se concorde que há muito o que se aprender com as experiências de outros ordenamentos jurídicos, não basta importar o instituto sem estudar a fundo qual o seu cenário atual de utilização.

O uso do "para além da dúvida razoável" pelo STF e STJ pode ser considerado, de certa forma, recente. Ainda assim, como se viu aqui, a doutrina norte-americana tem há anos apontado inúmeros problemas advindos do uso desse parâmetro, como o enfraquecimento da presunção de inocência, o alto grau de dificuldade imposto às absolvições, e a ausência de clareza do que seria considerado dúvida razoável.

Em razão disso, o que se pensa é que cumpre adaptar os *standards* probatórios ao cenário do processo penal brasileiro, reconhecendo e antecipando esses problemas, a fim de criar um cenário prático mais claro. Por outro lado, é inegável que qualquer critério mínimo de valoração probatória precisa estar atrelado aos ideais de um Estado Democrático de Direito, em especial aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

Sugere-se pensar a criação de regras gerais de *standards* de provas porque é certo que as provas são valoradas em graus diferentes ao longo da persecução penal (LUCCHESI, 2019), pois a própria ideia da persecução penal é que ocorra um incremento probatório ao longo das etapas persecutórias, permitindo à hipótese acusatória ganhar força durante a instrução em razão da produção de mais elementos de prova (BADARÓ, 2020, p. 668-669). Em razão disso que é viável se falar em rebaixamento de *standard* probatório conforme a fase procedimental (LOPES JR., 2020, p. 398).

Como já trazido neste capítulo, nos Estados Unidos o *beyond a reasonable doubt* é o *standard* só da sentença, para instaurar o processo ou expedir mandado de busca utiliza-se o *standard probable cause*. Não se concorda com a utilização acrítica de ambos no Brasil[29],

29. Este trabalho não se propõe a analisar o cabimento ou não do "para além da dúvida razoável", no formato estadunidense, no processo penal brasileiro. Porém, cumpre referenciar autores que

não obstante se acredita que esses parâmetros norte-americanos podem servir como inspiração, como ponto de partida para o desenvolvimento de *standards* próprios para a valoração da prova em cada fase processual penal no Brasil.

A questão é que não existe uma regra clara delimitando o conteúdo da decisão judicial a cada fase processual, mas entende-se que isso é de suma importância, justamente para evitar decisões que defiram indevidamente medidas constritivas contra o acusado, sem que a acusação demonstre, por meio de provas, a sua imprescindibilidade (LUCCHESI, 2019).

Há que se repetir aqui a crítica de que no Brasil se usa o *beyond a reasonable doubt* para facilitar e não dificultar o cumprimento da carga probatória/ônus da prova, como se não fosse qualquer dúvida que levasse à absolvição, regra que impera no processo penal brasileiro. O "para além da dúvida razoável" foi criado para ser o mecanismo mais rigoroso, mas é utilizado como retórica e não como controle (LUCCHESI, 2019). Por isso, o modelo de *standards* probatórios a ser criado precisa efetivamente aumentar o grau de controle sobre a atividade judicial, em todas as etapas procedimentais que exijam uma decisão judicial. Mas como fazer isso? Como delimitar o *standard* de cada etapa?

Como já dito, acredita-se ser legítimo construir os *standards* probatórios do processo penal brasileiro em cima das ideias originais do *probable cause* e *beyond a reasonable doubt*, desde que respeitando as previsões legais já existentes, reconhecendo os problemas já enfrentados nos países de *Common Law*, antecipando a sua repetição no país e adaptando, restringindo, delimitando o cenário de aplicação prática a fim de obter resultados diferentes.

Por exemplo, Vasconcellos sugere um aperfeiçoamento do "para além da dúvida razoável", visando que ele possa ser utilizado como parâmetro de prova para condenação no cenário brasileiro (2020). Para o autor, muitas das críticas ao referido *standard* somente se aplicam ao sistema de julgamento por jurados norte-americanos, que não precisam motivar suas decisões, em relação às quais não há um controle recursal como no Brasil. Diferente é a realidade brasileira, em que um juiz de direito julga a maior parte dos casos, em que se exige fundamentação de todas as decisões judiciais, e em que há um amplo controle de fatos e provas por meio da apelação (VASCONCELLOS, 2020, p. 14).

Vasconcellos acredita na utilização da categoria do "para além da dúvida razoável" por meio "de uma definição mais precisa de seu conteúdo, orientada pelos parâmetros da valoração racional da prova" (2020, p. 16), definindo a dúvida razoável "como a hipótese alternativa à tese incriminatória, que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo" (2020, p. 18) Por fim, faz o autor uma proposta de alteração legislativa a ser inserida no CPP:

> "Art. XX. Toda pessoa é presumidamente inocente até que se prove a sua culpa em definitivo, de modo que incumbe ao acusador provar todos os elementos de cada hipótese fática tipificada penalmente, autorizando-se a condenação somente se houver prova além da dúvida razoável de materialidade e autoria do crime.

concordam que é possível que ele seja aplicado (ANDRADE, 2022, p. 275) e que discordam da sua compatibilidade com o cenário processual nacional. Vide: LUCCHESI, 2019; MATIDA; VIEIRA, 2019.

> § 1º A hipótese acusatória deve ser capaz de explicar de modo coerente e íntegro todos os elementos fáticos comprovados no processo, apresentando critérios confirmatórios disponíveis.
>
> § 2º Considera-se dúvida razoável a hipótese alternativa à tese incriminatória que se mostre logicamente possível e amparada pelo lastro probatório do processo.
>
> § 3º A sentença ou acórdão deve apresentar motivação fática consistente, a partir de critérios objetivos e racionais, indicando elementos probatórios que justifiquem cada afirmação fática e analisando eventuais hipóteses alternativas de potencial dúvida razoável." (VASCONCELLOS, 2020, p. 18-19).

Interessante e bem delimitada a proposta, todavia não é esse o único caminho sugerido pela doutrina. Há quem sugira um debate coletivo (MATIDA; VIEIRA, 2019); há quem traga alguns exemplos de parâmetros que já existem no CPP e que talvez o legislador tenha criado sem necessariamente pensar que estaria criando um sistema de *standards* probatórios – requisitos da prisão preventiva, por exemplo (KNIJNIK, 2001), e até mesmo se poderia pensar a matéria dentro de uma lógica de precedentes.

Isso porque a concepção de *standards* envolve justamente o trabalho dos casos "através de elementos de fato que se repetem; e que são trabalhados retoricamente pelos operadores jurídicos." (RAMOS, 2020, p. 61-62). Ao se impor ao julgador o tratamento estável aos elementos de fato que se repetem nos casos, alia-se os *standards* com a estabilidade das decisões (RAMOS, 2020, p. 62), o que mais uma vez reforça a ideia de indissociabilidade entre o estudo de *standards* probatórios e o controle das decisões judiciais.

Talvez outra saída seja dar alguns passos para trás e tentar entender como foram criados os parâmetros de prova já existentes no processo penal brasileiro, mas hoje quiçá considerados insuficientes, para tentar desenvolver novos. Seguindo uma linha de raciocínio unificada, criando um sistema de *standards* probatórios regidos por disposições gerais, a serem delimitadas diante das especificidades de cada caso concreto.

Outra alternativa é aprofundar a discussão de temáticas já existentes no direito probatório, aliando-as à questão dos *standards* probatórios. Por exemplo, o estudo da prova indiciária. A prova indiciária consiste numa atividade probatória de natureza necessariamente discursiva e indireta, cuja fonte é um dado comprovado e se concretiza na obtenção de uma evidência mediante uma inferência correta (IVERA MORALES, 2018).

Inferência pode ser considerada uma espécie de raciocínio dedutivo, melhor dizendo, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão é provavelmente verdadeira, nada obstante, caso surjam novas informações, pode ser alterada (ÁVILA, 2018, p. 116). O critério de comprovação dos fatos é a força, no qual o valor da prova indiciária pode ser auferido por meio da análise do seu grau de detalhamento: quanto maior, maior a sua credibilidade (ÁVILA, 2018, p. 125).

Sendo uma das finalidades do processo o descobrimento da verdade, é preciso assumir que nem sempre existe uma prova plena acerca de um feito nuclear, o que não significa que não possam existir dados, sinais ou informações a respeito de um feito em particular, que devem ser traduzidos como indícios, com análise da fiabilidade e credibilidade dos meios pelos quais foram aportados esses dados (IVERA MORALES, 2018).

Essa análise pode se dar justamente por meio dos *standards* probatórios e da sua relação com cada etapa processual, porque a força probatória de um argumento indutivo depende do *standard* de prova exigido para cada caso (ÁVILA, 2018, p. 117). Partindo de uma menor, mas já existente exigência de confirmação da hipótese acusatória (corroboração fundada em indícios, por exemplo), chega-se até o ápice de corroboração capaz de sustentar uma condenação.

Entre tantas perspectivas, o que se pode concluir é que o objetivo de se fixar *standards* probatórios é permitir o controle de sua aplicação, de forma objetiva, afastando-se do subjetivismo atual vinculado aos atores processuais, que acaba subsidiando um processo penal incerto e diverso para cada caso. E com isso garantir a segurança jurídica, que "exige que o *standard* de prova seja conhecido de antemão em relação à decisão" (FERRER-BELTRÁN, 2022, p. 217) e o respeito à presunção de inocência, "visto que se não se conhece o *standard* de prova não há forma de saber quando se derrotou a presunção" (FERRER-BELTRÁN, 2022, p. 217).

Por fim, apontam-se propostas de novos *standards* a serem aplicados ao processo penal já elaboradas pela doutrina. A começar por Ferrer-Beltrán, que estabelece:

> "[...] para considerar provada a hipótese da culpabilidade devem ocorrer conjuntamente as seguintes condições:
>
> 1) A hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, e as predições relativas aos novos dados que a hipótese permitir formular devem ter resultado confirmadas.
>
> 2) Devem ter-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a inocência do acusado, excluídas meras hipóteses *ad hoc*." (FERRER BELTRÁN, 2022, p. 210).

Adotando a solução dada por Ferrer-Beltrán, isso significaria, objetivamente,

> "exigir que a hipótese levantada pelo autor da demanda seja compatível e coerente com as provas produzidas, bem como que não tenha sido levantada qualquer outra hipótese inversa à do autor que tenha qualquer grau de razoabilidade e lógica." (AUILO, 2021, p. 145-146).

Já entre os doutrinadores brasileiros, Badaró sugere como parâmetro para que haja uma condenação penal que se preencham as seguintes premissas:

> "a) há elementos de prova que confirmam, com elevadíssima probabilidade, todas as proposições fáticas que integram a imputação formulada pela acusação;
>
> b) não há elementos de prova que tornem viável ter ocorrido fato concreto diverso de qualquer proposição fática que integre a imputação." (BADARÓ, 2019, p. 259).

Felipe Soares Tavares Morais, por sua vez, sustenta que o ordenamento brasileiro não só comporta a categoria dos *standards* probatórios, como exigiria a prova acima da dúvida razoável para condenar (2020, p. 72). No entanto, também defende o autor que a dúvida

razoável precisa ser explicada, e ele assim o faz combinando as propostas de Roberts e Zuckerman (2010) e a de Ferrer-Beltrán (2022), como se vê:

> "Inicialmente, dever-se-ia verificar se a hipótese acusatória encontra respaldo nos meios de prova coletados, tomando por base um elevado nível de constatação, prescindindo da busca de qualquer outro dado informativo. Em um segundo momento, proceder-se-ia à eliminação das hipóteses compatíveis com a inocência que fossem possíveis de se depreender pelos meios de prova disponíveis. Assim sendo, estaríamos diante de uma prova acima da dúvida razoável e, dessa forma, suficiente a ancorar um decreto de condenação." (MORAIS, 2020, p. 60).

Peixoto vai mais além ao propor uma reformulação completa na definição dos *standards* probatórios aplicados ao direito processual em geral, apresentando três parâmetros baseados em critérios objetivos capazes de serem comparados entre si, em ordem de suficiência probatória: i) probabilidade da prova; ii) alta probabilidade da prova; e iii) elevadíssima probabilidade da hipótese fática acusatória e inexistência de suporte probatório para a hipótese fática de inocência do réu, este último a ser aplicado nos casos de condenação penal (2021, p. 234-235).

Independente da escolha de padrão a ser adotado, indispensável que seja positivado em lei, e não fique a critério de cada juiz, para fins de objetividade e respeito à função do *standard* probatório – qual seja a de operacionalizar o respeito aos valores conferidos pela sociedade para legitimar o poder punitivo do Estado (FERNANDES, 2019, p. 113).

É certo que o sistema processual penal e decisório brasileiro precisa de incrementação na sua racionalidade e controle, por isso, é preciso ser propositivo, com base em dados de realidade, tanto do cenário brasileiro quanto dos países do qual o Brasil tem se baseado para importar a aplicação dos parâmetros de prova, para que ela deixe de ser discricionária e passe a ser mais adequada ao processo penal brasileiro.

6. Considerações finais

O estudo dos *standards* probatórios no processo penal é complexo. Na realidade brasileira, não há um sistema próprio de *standards* probatórios, apesar de existirem alguns parâmetros previstos em lei do que é necessário, em termos probatórios, para que uma decisão em matéria penal seja proferida (a decretação da prisão preventiva, por exemplo).

Mesmo que sem previsão própria, há uma franca expansão de utilização de *standards* probatórios como razão de decidir no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. As Cortes Superiores se valem do *standard* do "para além da dúvida razoável", para condenar, absolver, manter ou decretar a prisão preventiva e para incidentes de insanidade mental. Há uma clara importação da terminologia estadunidense para tanto, porém sem delimitar o contexto de utilização, o porquê tal critério está sendo utilizado nesse caso específico e não nos outros, e sem oportunizar às partes concordarem ou discordarem dessa utilização – sem contraditório, portanto.

Tal cenário chama a atenção, em especial se compará-lo com o que vem sendo produzido pela doutrina norte-americana há anos, justamente no sentido de apontar os inúmeros

problemas do uso desse *standard*, que em vez de dificultar a condenação de inocentes, acabou facilitando as condenações em geral, diminuindo o ônus da prova e mitigando a presunção de inocência. Somente por esses estudos já é possível perceber a necessidade urgente de se pensar criticamente a importação de *standards* alheios para uma realidade processual regida pela presunção de inocência e devido processo legal.

E foi isso que se pretendeu realizar neste trabalho. Foi demonstrado o que a doutrina brasileira vem pensando sobre os *standards* probatórios, para após analisar a sua utilização pelos tribunais superiores. Em seguida, trouxeram-se textos paradigmáticos dos EUA relacionados a temática, bem como se analisou um precedente da Suprema Corte estadunidense sobre o *standard* da causa provável. Por fim, buscou-se abrir as portas da discussão sobre a necessidade de se pensar *standards* probatórios específicos para o processo penal brasileiro.

Longe de encerrar a discussão, a pesquisa vai num sentido de trazer referências sólidas da realidade dos *standards* em matéria de prova, tanto brasileira quanto norte-americana, tanto teórica quanto prática, para que se possa pensar um futuro mais factível e adequado ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

7. Referências

ABELLAN, Marina Gascon. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 127-139, 28, 2005. [https://doi.org/10.14198/doxa2005.28.10].

ACCATINO, Daniela. Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, p. 483-511, Valparaíso, 2011. [https://doi.org/10.4067/s0718-68512011000200012].

ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*: quanto de prova é necessário para deferir medidas cautelares, receber a denúncia, pronunciar e condenar? São Paulo: JusPodivm, 2022.

AUILO, Rafael Stefanini. *A valoração judicial da prova no direito brasileiro*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. *Revista de Processo,* São Paulo, ano 43, v. 282, p. 113-139, ago. 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. *Processo penal*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal. *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, n. 4, nov. 2007.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. Apresentação. In: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 11-18.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo do; BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. A aplicabilidade dos standards probatórios no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 165, p. 129-158, 2020.

DEI VECCHI, Diego. Estandares de suficiencia probatoria, moralidad politica y costos de error: el nucleo inconsistente de la epistemologia jurídica de Larry Laudan. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*, 43, p. 397-426, 2020. [https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.15].

DIAS, Danilo Pinheiro. A colaboração premiada como negócio jurídico processual: mudança de paradigma e consequências inevitáveis de um novo instituto. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual*: acordos penais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 243-272.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. III.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Brinegar v. United States,* 338 US 160, j. 27.06.1949. Washington, 1949. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/160/]. Acesso em: 01 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *In re Winship*, 397 US 358, j. 31.03.1970. Washington, 1970. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/358/#:~:text=A%20juvenile%20who%20is%20charged,proved%20beyond%20a%20reasonable%20doubt]. Acesso em: 10.08.2022.

FERNANDES, Lara Teles. *Prova testemunhal no processo penal*: uma proposta interdisciplinar de valoração. Florianópolis: Emais, 2019.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. In: *La prueba en el processo – Evidence in the process*: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier, 2018. p. 131-149.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción*: estândares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prólogo. In: PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova.* 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

HATTA, Takuya. Presumption and its evidentiary relevance. In: *La prueba en el processo – Evidence in the process*: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier, 2018. p. 351-363.

IMPROVÁVEL. Ep. 1: *Standards Probatórios e o salto com vara*. Entrevistado: Alexandre Morais da Rosa. Entrevistadora: Janaina Roland Matida. Florianópolis: Emais Editora, 03.02.2020. *Podcast.* Disponível em: [https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/]. Acesso em: 04.03.2020.

IMPROVÁVEL. Ep. 4: As etapas do processo e seus *standards* probatórios. Locutora: Janaina Roland Matida. Florianópolis: Emais Editora, 24.02.2020. *Podcast.* Disponível em: [https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/]. Acesso em: 04.09.2020.

IMPROVÁVEL. Ep. 8: Os momentos probatórios. Locutora: Janaina Roland Matida. Florianópolis: EMais Editora, 23.03.2020. *Podcast.* Disponível em: [https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/]. Acesso em: 10.09.2020.

IMPROVÁVEL. Ep. 26: Além de toda dúvida razoável. Entrevistado: Vinicius Gomes de Vasconcellos. Entrevistadora: Janaina Roland Matida. Florianópolis: Emais Editora, 27.07.2020. *Podcast.* Disponível em: [https://emaiseditora.com.br/categoria/podcasts/improvavel/]. Acesso em: 13.09.2020.

IVERA MORALES, Rodrigo. El conocimiento indiciário como evidencia inferencial. In: *La prueba en el processo – Evidence in the process*: II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Barcelona: Atelier, 2018. p. 303-350.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível? *In*: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual*: acordos penais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 61-92.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-51, jan.-fev. 2001.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargain and the americanization thesis in criminal procedures. In: World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, 2004.

LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? *Legal Theory*, 9.4, p. 295-331. Cambridge University Press, 2003. [https://doi.org/10.1017/s1352325203000132].

LAUDAN, Larry. Strange bedfellows: inference to the best explanation and the criminal standard of proof. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 11, n. 4, p. 292-306, 2007. [https://doi.org/10.1350/ijep.2007.11.4.292].

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, p. 165-187, 2019.

MATIDA, Janaina Roland; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova 'para além de toda a dúvida razoável' no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 156, p. 221-248, 2019.

MATIDA, Janaina Roland; ROSA, Alexandre Morais da. Os nudges antiepistêmicos da delação premiada: entender para reformar. *Revista Consultor Jurídico*, dezembro de 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-20/limite-penal-nudges-antiepistemicos-delacao-premiada-entender-reformar]. Acesso em: 10.09.2020.

MARTINEZ, Spencer. Bargaining for Testimony: Bias of Witnesses Who Testify in Exchange for Leniency. *Cleveland State Law Review*, n. 47, p. 141-160, 1999.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime*: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MORAIS, Felipe Soares Tavares. *A derrotabilidade da acusação e seus reflexos no ônus da prova.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MORANO, Anthony A. A reexamination of the development of the reasonable doubt rule. *Boston University Law Review*, Boston, 55, rev. 507, 1975.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. 2. ed. rev. e ampl. 2020.

RISINGER, D. Michael. Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims. *Houston Law Review*, n. 41, p. 1281-1336, 2004-2005.

ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Emais, 2020.

SALDIAS, Jonatan Valenzuela. Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva. *Política criminal,* v. 13, n. 26, Art. 5, p. 836-857, dez. 2018. [https://doi.org/10.4067/s0718-33992018000200836].

SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça consensual*: acordos penais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2019.

SAMPAIO, Denis. *Valoração da prova penal*: o problema do livre convencimento e a necessidade de fixação do método de constatação probatório como viável controle decisório. Florianópolis: Emais, 2022.

SHEPPARD, Steve. The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, n. 78, p. 1165-1249, 2002-2003. [https://doi.org/10.2139/ssrn.411101].

TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof. *American Journal of Comparative Law*, Washington, n. 51, p. 659-677, 2003. [https://doi.org/10.2307/3649122].

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o Juiz e a construção dos fatos. Trad. de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TRIBE, Laurence H. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 84, p. 1329-1393, 1970-1971. [https://doi.org/10.2307/1339610].

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020, e1961.doi: http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201961

VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (Org.). *Del Derecho al razonamiento probatorio*. Barcelona: Marcial Pons, 2020.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Controle da prova penal*: obtenção e admissibilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. [https://doi.org/10.11606/t.2.2020.tde-24032021-161430].

8. Legislação

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941*. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. *Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. *Código de Processo Civil*. Brasília, 2015.

BRASIL. *Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.

9. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 102.936, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 05.04.2011, *DJe*-078, Divulg 27.04.2011, Public 28.04.2011, Ement Vol-02510-01, PP-00204, RTJ Vol-00218-01, PP-00367. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito 2.968, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19.05.2011, *DJe*-157, Divulg 16.08.2011, Public 17.08.2011, Ement Vol-02567-01, PP-00021. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17.12.2012, Acórdão Eletrônico, *DJe*-074, Divulg 19.04.2013, Public 22.04.2013, RTJ Vol-00225-01, PP-00011. Brasília, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC 4.327 AgR-terceiro-AgR, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão Roberto Barroso, 1ª T., j. 26.09.2017, Acórdão Eletrônico, *DJe*-247, Divulg 26.10.2017, Public 27.10.2017. Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 676, rel. Min. Rosa Weber, 1ª T., j. 17.10.2017, Acórdão Eletrônico, *DJe*-021, Divulg 05.02.2018, Public 06.02.2018. Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 178.304 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 03.10.2020, Processo Eletrônico *DJe*-245, Divulg 07.10.2020, Public 08.10.2020. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 1.323.708 RG, rel. Min. Presidente, Tribunal Pleno, j. 06.08.2021, Processo Eletrônico *DJe*-164, Divulg 17.08.2021, Public 18.08.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Inquérito 4857, rel. Min. Rosa weber, Tribunal Pleno, j. 16.08.2022, Acórdão Eletrônico *DJe*-165, Divulg 19.08.2022, Public 22.08.2022. Brasília, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 472.593/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 23.04.2019, *DJe* 03.05.2019. Brasília, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, EDcl no AgRg no AREsp 555.223/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 13.04.2021, *DJe* 19.04.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no REsp 1.916.881/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 14.09.2021, *DJe* 17.09.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1784037/PR, rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. Convocado do TJDFT), 5ª T., j. 28.09.2021, *DJe* 13.10.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 705.522/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 14.12.2021, *DJe* 17.12.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 02.03.2021, *DJe* 15.03.2021. Brasília, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 560.552/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., j. 23.02.2021, *DJe* 26.02.2021. Brasília, 2021.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 728.208/GO, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 27.09.2022, *DJe* 04.10.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 617.542/MG, rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 22.03.2022, *DJe* 28.03.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 656.780/CE, rel. Min. Laurita Vaz, 6ª T., j. 19.04.2022, DJe 25.04.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 148.293/PR, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 17.05.2022, *DJe* 24.05.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 674.496/DF, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., j. 09.08.2022, *DJe* 18.08.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RHC 158.580/BA, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 19.04.2022, *DJe* 25.04.2022. Brasília, 2022.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 734.709/RJ, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 07.06.2022, *DJe* 10.06.2022. Brasília, 2022.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro, de Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado – *RBCCrim* 165/129-158;
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188;
- *Standards* probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar!, de Vitor Paczek Machado e Carlos Hélder C. Furtado Mendes – *RBCCrim* 171/351-388; e
- Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*, de Sebástian Borges de Albuquerque Mello e Alana Stefanello Gonçalves – *RBCCrim* 167/303-328.

Rosa, Luísa Walter da. O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 197-226. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515881].

Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro

Penalties and pacts: the contributions of the Italian criminal procedure to the Brazilian criminal non prosecution agreement

Ney de Barros Bello Filho

Pós-Doutor (PUC/RS/2010). Doutor (UFSC/2006). Mestre em Direito (UFPE/2000). Professor da Universidade de Brasília (UnB). Desembargador Federal em Brasília/DF (TRF/1ª Região).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9181447007798771].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-4578-3331].
ney.bello@trf1.jus.br

Bruno Hermes Leal

Mestre em Direito (UFRGS/2013). Juiz Federal Titular da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Rondônia (TRF/1ª Região). Juiz Auxiliar da 5ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3662786676556533].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-2484-0958].
brunoleal88@hotmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515819].

Recebido em: 28.08.2022
Aprovado em: 30.10.2023
Última versão dos autores: 16.11.2023

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O presente ensaio se dedica ao exame das contribuições que o processo penal italiano pode prestar ao regramento do acordo de não persecução penal brasileiro. A demonstração da hipótese de trabalho envolve a revisão bibliográfica e se estrutura em dois capítulos: o primeiro dos quais se dedica à cartografia dos módulos aplicativos da consensualidade no processo penal europeu e comunitário, sublinhando as linhas mestras que os identificam no Código

Abstract: This essay is dedicated to examining the contributions that the Italian criminal procedure can provide to the regulation of the Brazilian non-prosecution agreement. The demonstration of the working hypothesis involves the literature review and is structured in two chapters, the first of which is dedicated to the cartography of the application modules of consensus in the European and Community criminal procedure, underlining the guidelines that identify them

de Processo Penal italiano; já o segundo capítulo se endereça à abordagem de três temas cujo destaque se justifica em face de três lacunas aparentes do regramento brasileiro, preenchíveis por meio do recurso aos exemplos hauridos do processo penal italiano: admissibilidade da propositura do acordo de não persecução penal brasileiro somente na fase pré-processual, ressalvadas as hipóteses de desclassificação do crime e da procedência parcial da pretensão punitiva; descabimento de qualquer cláusula abdicativa do direito de impugnar o acordo celebrado, sem prejuízo da interpretação restritiva a ser empregada pelas instâncias superiores no juízo de admissibilidade; o controle jurisdicional sobre o acordo de não persecução penal brasileiro tem seu perímetro de atuação delimitado por obra da natureza convencional do instituto, o que não desonera o magistrado da obrigação fiscalizatória sobre as hipóteses de arquivamento da investigação.

Palavras-chave: Processo penal – Direito comparado – Acordo de não persecução penal – Consensualismo – *Patteggiamento*.

in the Italian Code of Criminal Procedure. The second chapter addresses the approach of three themes whose prominence is justified in view of three apparent gaps in the Brazilian regulation, which can be filled through the use of examples drawn from the Italian criminal procedure: admissibility of the non-prosecution agreement only in the pre-procedural phase; inadequacy of any abdicating clause to the right to appeal; the jurisdictional control over the non-prosecution agreement has its perimeter of action delimited by the conventional nature of the institute, which does not relieve the magistrate from the obligation to determine the closure of the investigation.

Keywords: Criminal procedure – Comparative law – Non-prosecution agreement – Consensualism – *Patteggiamento*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cenários europeus. 3. Desafios brasileiros. 3.1. Balizas temporais. 3.2. Perfis impugnativos. 3.3. Controle jurisdicional. 4. Considerações finais. 5. Referências.

"Quando se lê BINDING, o vexilário da *Zivilisierung* do direito penal, tem-se a impressão de uma missa rezada sem latim. Para o direito penal são carreadas as figuras civilísticas da 'lesão', da 'novação', da 'obrigação solidária' e da *fidejussio*. A relação punitiva passa a ser uma 'relação de débito'. O delinquente deixa de ser um trecho vivo de humanidade, para ser o sujeito 'devedor da pena'. Mais uma polegada, e o crime seria uma espécie de contrato por adesão: o delinquente aceita a 'obrigação de sofrer a pena', para ter 'direito' à ação criminosa."[1]

1. Introdução

Em preciosa colheita de ensaios dedicada aos "avatares da liberdade jurídica", Antoine Garapon se debruça sobre a tradição literária do Ocidente e reconta as origens do arquétipo

1. HUNGRIA, Nelson, p. 441, 1955.

contratualista em 12 versões do "pacto faustiano" com o Diabo. Doze escritos de primorosa ficção compassada pelas inclinações voluntaristas de todo homem. Doze fórmulas, enfim, por meio das quais o livre-arbítrio barganha a redenção e termina condenado (GARAPON, 2004, p. 285).

Os arquétipos contratualistas espargem ramificações do fenômeno jurídico em suas mais díspares vertentes. Arrancando do Direito Privado (SAVATIER, 1952, p. 29), alcançam o Direito Público sob o veículo metafórico do "contrato social" (VILLEY, 1962, p. 274) e não descuram, sequer, do Direito Processual Penal, embora a história recente dessa disciplina, sobretudo na primeira metade do século XX, tomasse por inquestionável o monopólio estatal da aplicação da pena[2].

Os ciclos ritmados dessa evolução histórica admitem, é verdade, numerosas chaves de leitura. Alguns autores apontam para a sucessão cadenciada entre o modelo de "justiça imposta" (*justice imposée*), de caráter unilateral e sub-rogante do interesse público, onde o imputado assume apenas o papel de sujeito passivo; o modelo de "justiça participativa" (*justice participative*), que atenua a verticalidade do anterior e admite a participação interlocutória da vítima e do imputado; o modelo de "justiça negocial" (*justice négociée*), por fim, que acentua o papel ativo da vontade das partes em compor o objeto do processo penal (TULKENS; VAN DE KERCHOVE, 1996, p. 530). Outros analistas defendem que se trata, apenas, de mais um capítulo da história científica em que se alternam fases atributivas de maior peso à jurisdição ou à legalidade no desate de conflitos regidos pela lei criminal[3].

Existem autores, por outro lado, segundo os quais a relativização do cânone da *nulla poena sine iudicio* confirma a tendência mais recente dos legisladores nacionais, sublinhada por juristas de elevada estirpe, de renunciarem ao monopólio iluminista da completude ordenamental, ao mesmo tempo que metabolizam os resultados hauridos do pluralismo das fontes jurídicas (GROSSI, 2020, p. 99 *et seq.*) e desoneram os cidadãos do jugo paternalista do Estado (DAMAŠKA, 1991, p. 185).

Avolumam-se as vozes doutrinárias, entretanto, ao redor da conclusão segundo a qual a dicotomia escolástica que cinde a metodologia do processo penal entre os modelos acusatório e inquisitório é "incapaz de compreender a essência dos ritos de negociação, digna talvez de fundar uma categoria autônoma de 'justiça negociada'" (FERRUA, 1992, p. 33 – tradução

2. A voz então corrente indicava que "l'imputato non può convenzionalmente o estragiudizialmente accettare la pena e non può correlativamente rinunziare alla garanzia giurisdizionale e neppure alla sola fase del giudizio" (LEONE, 1961, p. 179). No Brasil, semelhantes observações podem ser encontradas em relação ao "Direito Judiciário Penal", o qual prescindiria de "um acordo entre acusador e acusado, ou entre o ofendido e o ofensor, quanto à pena, para que a jurisdição se exerça. Ela já não é meio subsidiário de compor conflitos, mas instrumento necessário para decidi-los. O Estado exerce a jurisdição como terceiro, que decide o conflito aparente de normas, e sem esta atividade nenhuma pena ou medida de segurança pode ser aplicada" (TORNAGHI, 1977, p. 225).

3. Um amplo panorama dessa temática, cuja abordagem vertical extravasaria os limites metodológicos deste artigo, é delineado no capítulo primeiro da obra de Anna Maria Siagura (2015, p. 7), a qual parte das concepções imanentistas do processo no século XIX até chegar na teoria polifuncional do processo e da pena.

nossa). A justiça negociada, nesse sentido, se apresenta como *terza via* aos binômios esquemáticos de antanho (DELLA TORRE, 2019, p. 161).

À cenografia de dimensão vertical que circunda o palco do procedimento ordinário, pois, se substitui a horizontalidade própria dos ritos abreviados que, não raro, sepultam a pretensão condenatória baixo do peso de consensos premiados (GARAPON, 2001, p. 176). A fecunda experiência das diversas nações europeias na regulamentação desse fenômeno, posto que ignorada pela maior parte da doutrina brasileira e de seus muitos escritos apologéticos ao modelo estadunidense, inspira os autores deste artigo a nela buscarem proposta comparativa diversa.

Com efeito, as reflexões críticas ao instituto, dirigidas por qualificados expertos na matéria, são de natureza variada e povoam a bibliografia europeia. Poucos meses após a publicação do vigente Código de Processo Penal italiano de 1988 (doravante, CPPI[4]), por exemplo, Luigi Ferrajoli denunciava o novel instituto de pactuação penal (*applicazione della pena su richiesta delle parti*) como ícone exemplar da crise jurisdicional na Itália (FERRAJOLI, 2018a, p. 275). Ao invocar o debate que já àquela época se desenvolvia em relação ao sistema americano, o autor sustentou que a promoção do sistema acusatório, de um lado, vinha desmentida pela assimetria relacional entre os acusados e o Ministério Público longe do olhar equilibrante do Poder Judiciário; de outro, a festejada redução dos acervos criminais por meio desta alternativa consensual cobraria um preço demasiadamente alto, comprometendo o princípio da legalidade estrita e a proporcionalidade entre pena e delito (FERRAJOLI, 2018a, p. 283).

Da consensualidade no processo penal, se diz que exemplifica crise da função cognitiva do processo penal (FERRUA, 1997, p. 133); que representa uma "alternativa inquisitória", já que os elementos probatórios motivadores do acordo foram produzidos à revelia do contraditório (NAPPI, 1997); que premia, do ponto de vista sancionatório, conduta exclusivamente processual do imputado, sem qualquer conexão com o fato delitivo (PITTARO, 1999, p. 18); que implica lamentável "monetização do dano criminal" (MOCCIA, 2000, p. 204); que "transformou o agir penalístico judiciário em algo assimilável ao agir político" (MUSCO, 2004, p. 175); que exprime o grau máximo de regressão das formas processuais a ponto de nascer a dúvida sobre a justiça de sua configuração como "rito" em senso próprio (AMODIO, 2016, p. 30); que reflete uma *negozialità economicistica orientada al pragmatismo* (MANNOZZI, 2018, p. 618); que acusa a decaída da legalidade processual até o pântano do "direito penal dos corredores de Tribunais" (DELLA TORRE, 2019, p. 318); que representa, enfim, concessão neoliberal à "desjudicialização" material do processo penal brasileiro e à renúncia ao modelo adjuticativo e ao controle mínimo sobre o *standard* probatório nesses casos de menor gravidade (GLOECKNER, 2022, p. 366).

Laboriosas e fecundas que sejam as especulações jurídicas e filosóficas sobre a matéria, a restrição deste espaço está a exigir clivagem metodológica proporcional à sua amplitude.

4. Todas as citações da legislação italiana, neste artigo, podem ser consultadas no sítio eletrônico oficial de divulgação da República Italiana. Disponível em: [https://gazzettaufficiale.it/home]. Acesso em: 02.03.2022.

A prescindir das abordagens de perfil demolitório, insufladas por excessos ideológicos de parte a parte, um dos principais desafios apresentados à dogmática brasileira com o advento da Lei 13.964/2019 consiste na definição dos exatos contornos admitidos, em nosso ordenamento, ao acordo de não persecução penal (doravante, ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro (doravante, CPP)[5].

Se no Direito há um impulso para a verdade e para o consenso (FARIA COSTA, 2005, p. 101) e se a política criminal escolhida pelo legislador brasileiro contempla o fenômeno da "processualização de categorias substanciais" (INSOLERA, 2019, p. 52), cabe à dogmática nacional refinar seus instrumentos analíticos tendo em vista fornecer soluções mais adequadas ao nosso ordenamento constitucional. Para esse desiderato, pode jogar papel importante a experiência trintenária do direito italiano em manusear o instituto disciplinado no art. 444 do CPPI, epitetado de "aplicação da pena a pedido das partes" (*applicazione della pena su richiesta delle parti*) ou, mais comumente, *patteggiamento*.

Sem embargo das dessemelhanças pontuais entre o ANPP e o seu homólogo italiano[6], as sincronias históricas e jurídicas que aproximam o Direito Penal e o Direito Processual Penal de ambos os países justificam a escolha metodológica deste artigo[7]. Mais ainda, os paralelismos que acomunam ambos os ordenamentos se tornam ainda mais luminosos quando perspectivados nos três eixos de que se compõe o segundo capítulo: lá, como aqui, existem limites temporais bem definidos para a celebração do acordo; a lógica ordenamental exige a sindicabilidade do provimento judicial homologatório por outra instância; a esfera do negociável não expropria o Poder Judiciário da cognição, ainda que superficial, sobre o "tema histórico" e a compatibilidade deste com a avença.

Com o objetivo de impregnar nossa proposta metodológica com o máximo rendimento dogmático, as contribuições do processo penal italiano à disciplina do ANPP brasileiro virão demonstradas em dois capítulos. O primeiro deles se dedica à cartografia dos módulos aplicativos da consensualidade no processo penal europeu e comunitário, sublinhando as linhas mestras que os identificam no CPPI. Já o segundo capítulo se endereça à abordagem de três temas cujo destaque se justifica em face de três lacunas aparentes do regramento brasileiro, preenchíveis por meio dos exemplos hauridos do processo penal italiano: a admissibilidade da propositura do ANPP somente na fase pré-processual, ressalvadas as hipóteses de desclassificação do crime e da procedência parcial da pretensão punitiva;

5. Para uma abordagem histórica do Direito Processual Penal brasileiro e a emergência do ANPP como episódio culminante da terceira onda consensual dessa disciplina, confira-se ZILLI, Marcos, p. 75-97, 2021. passim.

6. A exemplo da confissão circunstanciada do delito investigado, exigida pelo art. 28-A do CPP, mas inexistente no art. 444 do CPPI; e da possibilidade de que o acordo contemple penas privativas de liberdade, admitida pelo ordenamento italiano, rejeitada, porém, pela lei brasileira. A disciplina italiana proscreve, na dicção de abalizada doutrina, o *fascínio atávico* pela confissão (DELLA TORRE, 2019, p. 343).

7. Para um cenário mais ampliado dessa convergência, vejam-se os textos de Ney de Barros Bello Filho e Bruno Hermes Leal a propósito dos crimes ambientais de perfil mafioso (BELLO; LEAL, 2020), das associações de tipo mafioso (BELLO; LEAL, 2021a) e da disciplina da autolavagem em solo italiano (BELLO; LEAL, 2021b).

o descabimento de qualquer cláusula abdicativa do direito de impugnar o acordo celebrado, sem prejuízo da interpretação restritiva a ser empregada pelas instâncias superiores no exame dos recursos interpostos; e o controle jurisdicional sobre o ANPP, que tem seu perímetro de atuação delimitado pela natureza convencional do instituto, o que não desonera o magistrado da obrigação fiscalizatória sobre as hipóteses de arquivamento da investigação.

2. Cenários europeus

A ambiência legislativa dos cenários europeus oferece ao analista um heterogêneo catálogo de instrumentos processuais acomunados à matriz dispositiva, sob a influência da qual, observando a pluralidade de módulos aprazíveis a cada um dos legisladores nacionais, o processo penal tem seu epílogo antecipado à vista do consenso entre a acusação e o imputado. Digressionar sobre essa comunidade de instrumentos pavimentará nosso percurso argumentativo até a exposição do modelo italiano de consensualidade e sua planificação como superfície de contraste à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro.

De pronto, um registro histórico: modernos doutrinadores têm relativizado as origens americanas e acusatórias do processo penal negociado por meio de documentadas pesquisas historiográficas que demonstram, ao contrário do que se poderia supor, que o fenômeno da "justiça contratada" exibe uma longuíssima tradição europeia e floresceu, para o espanto dos apologetas do consenso, nos jardins hostis de maior recrudescimento inquisitorial[8]. Em documentadíssima monografia sobre o tema, o professor da *Università degli studi di Trieste*, Jacopo Della Torre (2019, p. 94 *et seq.*), revisita as fontes autênticas para afirmar que as praxes medievais confiavam em diversas acepções de negocialidade com os acusados e aguardariam até o século XIV para deflagrar a ruptura da concepção privativa da pena, consolidada apenas ao final do século XVIII.

O breve refluxo experimentado durante a primavera codificante dos Estados nacionais ao longo do século XIX, quando a publicização da justiça criminal assumiu seus acentos mais agudos, não impediu que o advento do século XX representasse uma *inversione di marcia,* por meio do *aumento esponenziale degli istituti negoziati a partire dalla seconda metà del Novecento* (DELLA TORRE, 2019, p. 115). Retomaram-se, então, iniciativas "seletivas dos crimes e deflativas do processo" (VIGONI, 2000, p. 23 – tradução livre).

Porque pioneira na indicação da consensualidade no âmbito do processo penal a nível europeu, merece destaque a "Recomendação R (87)", de 17 de setembro de 1987, a qual exortou os países representados na Comissão de Ministros de Estado da Europa para que homogeneizassem os ritos processuais dessa natureza (SIAGURA, 2015, p. 39), prefigurando o risco ponderável de que os sistemas processuais penais comunitários pudessem "colapsar sob o peso de uma carga judicial muito alta para ser gerenciada" (DELLA TORRE, 2019, p. 157 – tradução nossa).

8. A investigação de Jacopo Della Torre (2019, p. 47-163. passim) sobre essa dimensão histórica se alonga por mais de 110 páginas, estofadas em 639 notas de rodapé, cujas proporções oceânicas não podem ser exploradas, aqui, senão de forma sintética e instrumental aos propósitos deste artigo.

Mais recentemente, dois atos normativos emanados da Assembleia Parlamentar da União Europeia corroboram a necessidade conformativa de um modelo europeu de justiça negociada. A Resolução 2.245/2018 e a Recomendação 2.142/2018, por exemplo, atestam o compromisso com a definição de *minimum standards for trial waiver systems*, entre os quais se inserem, com particular relevo à estruturação metodológica deste artigo, a limitação às hipóteses em que se pode recorrer da sentença homologatória e a exigência de um patamar indiciário mínimo à luz do qual o Poder Judiciário possa fiscalizar a proporcionalidade do acordo[9].

Particularizando a análise até os ordenamentos nacionais, a diversidade percebida reverbera idiossincrasias políticas e sociais de cada um deles, razão adicional para que se já tenha afirmado, a propósito, que *grande è la confusione sotto il cielo della giustizia c.d. negoziata* (CAPUTO, 2009, p. 413).

Em França, por exemplo, o *consensualisme en matière pénale* vem ditado como "princípio em virtude do qual os magistrados da ordem repressiva e partes privadas, delinquentes ou vítimas, consentem no excluir a aplicação de regras jurídicas normalmente aplicáveis"[10]. A *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* se estrutura em procedimento especial disciplinado a partir do art. 495-7 do Código de Processo Penal francês, cuja redação, potencializada por força da exegese que lhe emprestou o *Conseil constitutionnel*, enfatiza o perfil jurisdicional e estatizante do fenômeno, consentindo ao magistrado profunda incursão meritória no conteúdo mesmo do acordo (BOULOC, 2016, p. 865).

A experiência alemã se apresenta algo diversa na medida em que a positivação legislativa de tais instrumentos representou nada menos que o reconhecimento estatal de práticas anteriores que implementavam, há mais de uma década e com o sufrágio pretoriano, a resolução pactuada da persecução penal (SCHÜNEMANN, 2002, p. 292). Um de seus mais acerbos críticos, o professor da Universidade de München, Bernd Schünemann, chegou a metaforizar a imersão da ciência processual no modelo de consenso como a diáspora dos penalistas do "Templo" para o "Mercado" e a degradação da igualdade perante o Poder Judiciário ao patamar mais baixo em que se situa a "extorsão estrutural" (SCHÜNEMANN, 2013, p. 309 *et seq.*).

Sobretudo a partir de 2009, a Alemanha experimenta a *die Legalisierung der Urteilsabsprachen* (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2014, p. 360), e sua dispersão pontual ao longo do Código de Processo Penal tedesco (*Strafprozeßordnung* – StPO*),* merecendo destaque a proibição da renúncia antecipada ao direito de impugnar os acordos homologados (*Verständigung*[11]) (KÜHNE, 2015, p. 485).

9. Disponível em: [http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25188&lang=en]. Acesso em: 02.03.2022.

10. O conceito, traduzido livremente do francês, se atribui a Jean Pradel, embora as ideias atinentes à "privatização" ou "contratualização" da justiça penal venham desenvolvidas, naquele país, por numerosos doutrinadores. A título exemplificativo: DESPREZ, François, p. 143, 2019; LUDWICZAK, Franck, p. 39 et seq., 2015; AMBROISE-CASTÉROT, Coralie, p. 39, 2006.

11. Interessantíssima consideração de natureza filológica, com evidentes implicações jurídicas, é assinalado por Luís Greco (2013, p. 23), para quem "o termo *Urteilsabsprache* ou *Absprache* foi traduzido

Na Espanha, observa-se a *consagración de la conformidad como uno de los instrumentos básicos del proceso penal* (DEU, 2014, p. 281). Sua disciplina matricial se encontra no art. 787 da *Ley de Enjuiciamento Criminal*, de cujos parágrafos se extraem preocupações semelhantes aos demais ordenamentos: especial cuidado com a voluntária adesão do acusado e o correto enquadramento típico do fato[12]. Reza o dispositivo: *Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad.* Desta sentença, caberão recursos, apenas, quando tenham sido violados os requisitos legais do instituto, sem que o acusado possa impugnar por razões de fundo seu consentimento livremente prestado (MORENO CATENA, 2004, p. 140).

Em Itália, a natureza proteiforme da política criminal deflativa se exibe por meio de sua longa cadeia de antecedentes legislativos ao CPPI vigente. Articulam-se, nesse contexto, formas comprimidas e abreviadas em relação ao procedimento tido por "ordinário" (modelos consensuais de *estrutura*) e formas de disposição conteudística do objeto mesmo do processo (modelos consensuais de *conteúdo*), perante os quais a doutrina tem chamado atenção para que não se reduza o quociente de legalidade civilizatória, nem se desarmem os instrumentos dogmáticos que garantem o respeito aos direitos fundamentais da vítima e do acusado (VIGONI, 2000, p. 49).

A consensualidade inaugura o processo penal monitório versando fatos bagatelares (*procedimento per decreto penale di condanna*), atravessa a persecução dos ilícitos contravencionais que implicavam, apenas, pena pecuniária (*procedimento di oblazione*) e chega até a renúncia ao procedimento ordinário nos casos de crimes de injúria ou difamação (*deferimento del giudizio al giurì d'onore*) (VIGONI, 2000, p. 62; ORLANDI, 2016, p. 598).

Coexistiram, ainda, aqueles módulos procedimentais que incidiam exclusivamente sobre a dinâmica processual e dispensavam o controle do juiz de instrução sobre a denúncia oferecida, ora acionados por ato unilateral do imputado (*giudizio imediato a richiesta dell'imputato*), ora mediante consenso deste com o Ministério Público (*giudizio direttissimo*) (VIGONI, 2000, p. 77 *et seq.*).

A culminância dessa progressão histórico-legislativa[13] desponta na ereção de duas figuras algo mais complexas no corpo do CPPI, às quais se atribuiu a função de evitar a passagem até o contraditório em audiência e conformar, assim, "um esquema de deflação comum a todos os sistemas processuais inspirados pelo modelo acusatório" (VIGONI, 2000, p. 89 – tradução nossa).

---

como *acordo.* O termo acordo, contudo, não é ideal, porque ele tem uma conotação quase que positiva, enquanto no termo *Absprache* ecoa também algo baixo, isto é, algo como um acerto, um arranjo [...] Os defensores da instituição preferem, assim, a denominação *Verständigung*, e é esse o termo de que fez uso a recente lei que chancelou o instituto, a chamada *Verständigungsgesetz* de 2009".

12. Para uma verticalizada abordagem do modelo consensual no cenário espanhol, confiram-se as observações de SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; INCHAUSTI, Fernando Gascón, p. 93 et seq., 2022.

13. Para um detalhado mapeamento da legislação italiana, em perspectiva histórica, confira-se FURGIUELE, Alfonso, p. 13-45, 2000. passim.

Encartados no livro sexto do diploma processual italiano, os *riti premiali extra dibattimentali*, por oposição ao procedimento ordinário (*dibattimento*), prospectam vantagens ao imputado que prefira a aceleração do tempo processual ao gozo do integral espectro de suas garantias (SIAGURA, 2015, p. 33). Coroando uma "intenção geral de acelerar e simplificar os esquemas processuais" (SIAGURA, 2015, p. 42 – tradução nossa), afloram duas modalidades de matriz negocial com propósitos diversos: na forma do art. 438 do CPPI, um acordo limitativo da profundidade instrutória que será observada pelo juiz competente, antecipando o julgamento para a audiência preliminar (*giudizio abbreviato*); e na forma do art. 444 do CPPI, um acordo de caráter acentuadamente dispositivo e transacional, por meio do qual se objetiva prover uma solução negociada do rito processual e do mérito penal (*applicazione della pena su richiesta delle parti*).

Dessa segunda hipótese, "espécie de contrato modificativo do rito e constitutivo do mérito" (VIGONI, 2000, p. 103), é que podemos recolher numerosos frutos à análise do ANPP brasileiro, o qual parece encarnar, a exemplo do congênere italiano, a "alma da pena" num "corpo de processo".

A *applicazione della pena su richiesta delle parti*, amplamente conhecida pela metonímia *patteggiamento*, em sua versão tradicional, oferecia ao investigado diversos benefícios: além de conhecer antecipadamente a pena que lhe seria imposta em caso de adesão, com o desconto de até um terço, exonerava-se, por força de lei, do pagamento de despesas processuais e da imposição de penas acessórias (como a suspensão do exercício de uma profissão) e de medidas de segurança. Decorridos cinco (em caso de *delito*) ou dois anos (em caso de *contravvenzione*) sem nova prática de ilícito, a punibilidade é extinta (TONINI, 2017, p. 814).

A partir do advento da Lei 134, de 12.06.2003, o legislador italiano alarga os pressupostos objetivos do *patteggiamento* e abandona a ligação do instituto com uma concepção de "direito penal suave" (SIAGURA, 2015, p. 83). Promove-se, então, o incremento do *quantum* sancionatório pactuável, agora coincidente com a pena máxima de cinco anos de privação de liberdade, com ou sem multa, ainda que com restrições temáticas – a exemplo da vedação à barganha nos atentados à dignidade sexual de crianças e adolescentes (arts. 600-bis e 600-ter do Código Penal italiano) e nos casos de habitualidade delitiva (art. 444, § 1º-bis, do CPPI) –, cuja existência mesma revela hipóteses em que as razões de ordem pragmática que presidem o instituto cedem passo às exigências de civilidade social (SANNA, 2018, p. 58).

O consenso do imputado promove, nesse sentido, a flexibilização da "rigidez operativa" da obrigatoriedade da ação penal"[14] e a "derrogação da regra do contraditório de modo que os indícios da fase preliminar de investigação assumem a dignidade de provas"[15]. A erupção de aberturas consensuais no seio do processo penal, embora espelhe "o exemplo mais macroscópico da sobreposição entre disciplina processual e substantiva" (SIAGURA, 2015, p. 144 – tradução nossa), não elide, todavia, a obrigatoriedade da ação penal que descende da Constituição italiana de 1948, cuja normatividade exige que o magistrado efetue um

14. VIGONI, Daniela, p. 53, 2000 – tradução livre.

15. SIAGURA, Anna Maria, p. 50, 2015 – tradução livre.

"controle de fundo" sobre o conteúdo pactuado à luz do princípio da legalidade (ILLUMINATI, 2008, p. 160).

As partes requerem ao magistrado, em síntese, que o procedimento desvie do seu leito ordinário e aflua rumo ao epílogo antecipado, consentindo, para tanto, com o uso probatório de elementos unilateralmente recolhidos durante a fase investigativa, a partir dos quais elaboram um projeto de sentença aplicativa de pena. Sob essa angulação epistêmica, Estado e acusado colaboram para a "extração" da *fattispecie* judiciária dos fascículos investigativos (SANNA, 2018, p. 35 e 133).

A decisão não se cristaliza mais ao redor da justa correspondência entre a gravidade do crime e a gravidade da pena, fletindo-se à busca de um equilíbrio não apenas entre a resposta sancionatória e o desvalor do episódio delitivo, mas que abrace, também, os comportamentos processuais do imputado que sejam úteis e valiosos ao ordenamento jurídico, compondo a apreciação mais ampla da desvalia complessiva do fato (SANNA, 2018, p. 56; PALAZZO, 2007, p. 51).

Expostas algumas das linhas que presidem a arquitetura italiana da consensualidade processual, estamos em condições de progredir ao segundo capítulo deste artigo e declinar suas contribuições possíveis à disciplina do ANPP brasileiro.

3. Desafios brasileiros

Numerosas contribuições dogmáticas podem ser fornecidas pelo Direito Processual Penal comparado; grande parte delas evocativas dos problemas que a pandectística construíra, há mais de século, no soerguer do pavilhão conceitual em que consiste o "negócio jurídico"[16].

As contribuições do processo penal italiano ao âmbito de operatividade do *patteggiamento*, nesse sentido, aproveitam ao ANPP brasileiro em diversificadas vertentes. Em Itália, riquíssimas são as discussões envolvendo, por exemplo, a ineficácia civil da sentença que homologa o acordo italiano (SIAGURA, 2015, p. 64), todas elas servíveis a delinear as interlocuções possíveis entre os artigos 28-A e 63 do CPP; as pontuais exigências de motivação impostas à recusa do Ministério Público em formular a proposta de aplicação de pena (FURGIUELE, 2000, p. 104), as quais ampliam o espectro de controvérsias derramadas sobre o art. 28-A, § 14, do CPP; as críticas endereçadas ao cognominado "ostracismo" das vítimas e das "partes civis" na formalização da avença (SANNA, 2018, p. 45), também verificada no art. 28-A, § 9º, do CPP; os inconvenientes de que, conformado em rito especialíssimo, a amplitude admissional do acordo importe no exílio do procedimento ordinário às províncias da excepcionalidade, destituído de sua dignidade como via régia da jurisdição

16. A inesperada relação entre a labuta conceitual da Pandectística do século XIX e as primícias científicas do consensualismo no processo penal foi capturada com perspicácia por Daniele Vigoni na Itália (2000, p. 51). No Brasil, com maior antecedência, o fenômeno não se esquivou da malha fina com que Nelson Hungria (1956, p. 435-449. *passim)* peneirava seus objetos de estudo, de que é exemplo a fulgurante síntese transcrita na epígrafe do presente artigo.

criminal (VIGONI, 2000, p. 115), risco assumido pela recuada pena mínima a que se refere o art. 28-A, *caput*, do CPP; as intercorrências na formação da vontade pactual e suas analogias com a disciplina civilística da formação dos negócios jurídicos, objeto de explícita consideração pelo art. 447 do CPPI (CORDERO, 2012, p. 1035) e que pode descortinar incidências imprevistas do art. 427 e seguintes do Código Civil brasileiro sobre a negociação extrajudicial do ANPP.

A amplitude longitudinal desses questionamentos demonstra, desde logo, a impossibilidade de abordá-los todos neste espaço de limitadas proporções. Diante dessa riqueza temática, convém adotar a prudência recomendada pela boa metodologia: negligenciar deliberadamente, em ciência, é uma virtude intelectual (GUITTON, 1951, p. 38). Essa a razão pela qual, tomando por certo que a dedicação a essa variedade de temas justificaria ensaios autônomos, colocá-la-emos entre parênteses com o objetivo de enfocar, nesta sede, as contribuições do processo penal italiano à dinâmica do ANPP em sua dimensão temporal, sua dimensão impugnativa e, por fim, sua dimensão jurisdicional.

3.1. Balizas temporais

Poderia dificultar a comparação dos marcos temporais dentro dos quais se admite o *patteggiamento* a existência, no direito italiano, de órgão do Poder Judiciário (*giudice per le indagini preliminari*) que se dedica exclusivamente à supervisão da fase investigativa e que atua somente até a remessa da conclusão investigativa ao leito propriamente judicial e instrutório (*rinvio a giudizio*).

Análise mais acurada da doutrina italiana, contudo, desfaz essa impressão.

Com efeito, o art. 446 do CPPI dispõe que as partes podem formular o pedido de aplicação de pena a que se refere o art. 444, no procedimento ordinário, até a conclusão da discussão entre as partes nesta fase pré-processual, com ou sem atividade de integração probatória (arts. 421 e 422 do CPPI); limitação temporal essa que homenageia os propósitos deflativos do instituto ao prevenir manipulações casuísticas e o ingresso na fase judicial propriamente dita (FOLLIERI, 2015, p. 2033).

A Lei 13.964/2019, ao promover a expansão dos espaços de consensualidade no processo penal brasileiro, introduziu o art. 28-A ao CPP, de cuja redação se pode extrair que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições que estipula.

No que tange ao âmbito temporal de aplicabilidade da norma, ergueu-se na doutrina brasileira um coreto de vozes dissonantes, aplaudindo diversificadas espécies de retroatividade, algumas delas amplas e sem qualquer limite temporal. De acordo com Guilherme Madeira Dezem (2020, p. 112), "dado o conteúdo da norma mista (pois afeta também direito material, já que fala em extinção de punibilidade), entendemos que enquanto não for julgado o processo deve ser feita a proposta de acordo de não persecução penal".

Para Marcos Paulo Dutra Santos (2020, p. 154), a interpretação histórica da evolução legislativa – toda ela demonstrativa de que o Parlamento descartou a propositura do ANPP depois de recebida a denúncia – não se pode sobrepor à sua natureza híbrida e à incidência do art. 5º, XL, da Constituição Federal. Andrea Walmsley Carneiro compendia os autores que defendem a proponibilidade do acordo mesmo em sede recursal (2021, p. 80). Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli (2020, p. 130), de sua vez, extraem da disciplina constitucional que preside as normas substancialmente penais uma extensão temporal de operatividade do ANPP até mesmo na fase executiva e, curiosamente, para os egressos do sistema prisional em busca da liberação da reincidência.

Justos que sejam os argumentos desse ramificado construto doutrinário, é de se considerar que o processo penal contemporâneo não hospeda qualquer imunidade ao sistema de precedentes vinculantes[17]; antes, as modernas reformas legislativas têm explicitado que o dever de motivação do juiz criminal se encontra subordinado à sua observância (art. 315, § 2º, do CPP). Disso se segue que, se a gravitação argumentativa do problema revolve o conteúdo e o alcance das garantias constitucionais da retroatividade da norma penal mais benéfica, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI e XL, da CRFB/1988), a interpretação mais abalizada incumbe ao Supremo Tribunal Federal, sentinela da Constituição Federal (art. 102 da CRFB/1988).

A despeito da afetação da matéria ao Plenário nos autos do HC 185.913/DF[18], a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em votação unânime, afirmara que "[O] recebimento da

17. Aprofundar o importante tema da vinculação aos precedentes em matéria penal desbordaria dos propósitos deste artigo. A título exemplificativo, vejam-se a monografia inovadora de Luís Felipe Schneider Kirchner (2018, p. 103 et seq.) e, já na vigência da Lei 13.964/2019, as considerações de Danyelle Galvão (2022, p. 60 et seq.).

18. Em consulta à movimentação processual, verifica-se que o julgamento deste processo interrompeu-se em 25.09.2023, com o seguinte resultado parcial: "Após os votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Edson Fachin e Dias Toffoli, que concediam a ordem, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para o fim de determinar a análise do cabimento do ANPP pelo Juízo de origem, e propunham a fixação da seguinte tese: '[a] O Acordo de Não Persecução Penal é norma de natureza híbrida [material-processual], diante da consequente extinção da punibilidade, com incidência imediata em todos os casos sem trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que requerida na primeira intervenção procedimental das partes após a vigência da Lei 13.964/19 [23/01/2020], em observância à boa-fé objetiva e à autovinculação das partes aos comportamentos assumidos [comissivos ou omissivos]; [b] O arguido não tem o direito subjetivo ao Acordo de Não Persecução Penal, mas sim o direito subjetivo à devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes [ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal], especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime; [c] É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial [ad-hoc] como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial; e, [d] O Órgão Judicial exerce controle quanto ao objeto e termos do acordo, mediante a verificação do preenchimento dos pressupostos de existência, dos requisitos de validade e das condições da eficácia, podendo decotar

denúncia encerra a etapa pré-processual [...] a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". Dela, aquele órgão julgador extraiu a seguinte tese conclusiva: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia."[19]

Essa hipótese ganha em razoabilidade jurídica quando se contempla o processo penal como sucessão progressiva de adensamento (ou diluição) da culpabilidade até a culminância representada pelo trânsito em julgado da sentença condenatória (ou absolutória) (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014, p. 269).

Ora, ao se admitir que a barganha não tinha qualquer balizamento cronológico, as manifestações decisivas do Poder Judiciário desempenhariam um papel de desarranjo no equilíbrio entre as partes. Nem mesmo o mais "acentuado sabor civilístico" (MACCHIA, 1992, p. 08), distintivo da matéria que nos ocupa, poderia autorizar que, pendendo de apreciação a matéria em sede de recurso extraordinário aos cuidados do Supremo Tribunal Federal e temerosa a defesa de um revés, seja celebrado um acordo entre as partes que, na prática, revogue a eficácia de todas as decisões anteriores[20].

Mais do que a transfiguração das partes em "negociadores de fatos processuais" (MOCCIA, 2000, p. 177), o uso do ANPP, nessa hipótese, consentiria a manipulação casuística não apenas das imputações, mas da jurisdição mesma. Condenações e absolvições, mesmo que exaradas por diversas instâncias do Poder Judiciário, se submeteriam à rescindibilidade ao sabor do consenso entre as partes. Dificilmente se poderia sustentar a harmonia dessa

ou negar, de modo motivado e fundamentado, a respectiva homologação [CPP, art. 28-A, §§ 7º, 8º e 14]', pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes."

19. STF, HC 191.464/SC (AgR), 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.11.2020. Ainda, na 1ª Turma, o entendimento se repete em recentes acórdãos (*v.g.*, HC 229.717 (AgR), 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, j. 04.09.2023). A 2ª Turma, por outro lado, parece entender, à unanimidade, que "[o] art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal [...] o art. 28-A retroage às ações que estavam em curso quando a Lei n. 13.964/2019 entrou em vigor, ainda que recebida a denúncia ou prolatada a sentença penal condenatória" (HC 228.425 (AgR), 2ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. 03.07.2023). Para uma análise crítica dessa oscilação, com amplas referências estatísticas, confira-se VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de, p. 107 et seq., 2022. No plano das instâncias ordinárias, dezenas de outros acórdãos de Cortes de Apelação foram compendiados em MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta, p. 397 et seq.

20. Sobre este argumento, se têm ancorado algumas decisões monocráticas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que defendem a sentença de primeiro grau como termo final da aplicabilidade retroativa da Lei 13.964/2019: "o marco final para que se possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal. Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo. Ademais, *já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida.*" (HC 218.798/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 19.02.2022, decidido em 15.08.2022.)

conclusão com a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/1988), permitindo que as partes negociem não apenas o seu direito ao contraditório, mas também a vigência de manifestações do Poder Judiciário, justamente quando, nas superiores instâncias, está praticamente neutralizada a álea negocial.

No âmbito infraconstitucional, a jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça encontra-se pacificada ao redor do mesmo entendimento assentado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, embora a aplicação retroativa do ANPP possa abranger fatos anteriores à vigência da lei, não atinge aqueles cuja denúncia já tenha sido recebida[21].

Embora a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já tivesse decidido em sentido contrário[22], em março de 2021, a 3ª Seção Criminal se federou ao redor da premissa segundo a qual:

> "[S]e, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência – princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. [...] Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual."[23]

Esse balizamento temporal, contudo, não possui a fixidez aparente que os acórdãos sugerem e a comparação com o direito processual penal italiano presta aqui sua contribuição: a jurisprudência da Corte Constitucional italiana tem outorgado às partes o direito de rediscutirem a admissibilidade do *patteggiamento*, mesmo depois de superada a fase pré-processual, quando sobrevenha a modificação da imputação nos termos do art. 516 do CPPI (FOLLIERI, 2015, p. 2034).

Por essa lente sugestiva, é possível recordar que o direito brasileiro já dispõe de algumas ferramentas dogmáticas que permitem idêntico desfecho quanto à relativização do balizamento temporal na celebração do ANPP. Com efeito, o Enunciado 337 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça adverte ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.

Não é difícil imaginar, mediante extensão analógica das razões subjacentes ao enunciado sumular, que a limitação temporal de proponibilidade do ANPP seja relativizada,

---

21. Entre outros acórdãos da 5ª Turma, confiram-se: AgRg no AREsp 2.100.405/RR, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 26.09.2023; AgRg no HC 827.202/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.09.2023; AgRg no REsp 2.090.942/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 12.09.2023.

22. Confira-se, por exemplo, o AgRg no HC 575.395/RN, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 08.09.2020.

23. HC 628.647/SC, 6ª T., rel. Min. Nefi Cordeiro, rel. p/ac. Min. Laurita Vaz, j. 09.03.2021. Mais recentemente, ainda na 6ª Turma, confiram-se: EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 2.324.431/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 03.10.2023; AgRg no REsp 2.005.423/PR, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 25.09.2023; AgRg no REsp 2.001.036/GO, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., j. 24.04.2023.

quando e se, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, a pretensão penal outrora incompatível com os limites objetivos do art. 28-A do CPP a eles se adeque por força da correção interventiva operada na desclassificação do crime (de roubo para furto, p. ex.) ou na procedência parcial da pretensão punitiva (rejeição da continuidade delitiva ou do concurso formal, p. ex.)[24].

3.2. Perfis impugnativos

Poucos elementos indicam maior coeficiente de disponibilidade das garantias que o intento, legislativo ou voluntário, de cercear a impugnabilidade do acordo celebrado. Indaga-se, na sequência, se o direito de recorrer, pois, também se integra ao novelo de prerrogativas disponíveis no contexto do rito negocial, em troca de conspícuos benefícios penais, sob a ótica da defesa; e da economia de recursos consentida pela contração dos tempos processuais, sob a ótica do Estado.

Dito de outra forma, convém perquirir sobre a contradição aparentemente intrínseca entre a lógica negocial e o exercício incondicionado de contestação do pacto celebrado, isto é, sobre os limites impostos ao direito de recorrer da sentença homologatória. A experiência processual penal da Itália pode, uma vez mais, iluminar dimensões insuspeitas da questão, especialmente quando autorizados doutrinadores avaliam que a exasperação do perfil negocial do *patteggiamento* não se presta a conferir ares de intangibilidade ao acordo, tampouco a manifestação da vontade autoriza o Estado a dela dispor como lhe apraza (SANNA, 2018, p. 201). Nalguma medida, reconhece-se a existência do *diritto di difendersi negoziando* (PISANI, 1998, p. 91).

Depois de controverter muitos anos sobre as patologias do consenso e a oportunidade de franquear "espaços muito estreitos para reconhecer vícios de consentimento removíveis através de remédios póstumos" (VIGONI, 2000, p. 150 – tradução nossa), com o advento da Lei 103, de 23.06.2017, o legislador italiano adiantou uma resposta possível a este problema: o Ministério Público e o imputado podem recorrer à cassação contra a sentença somente por motivos atinentes à expressão da vontade do imputado, ao defeito na correlação entre o pedido pactício e a sentença, à qualificação jurídica equivocada do fato e à ilegalidade da pena ou da medida de segurança (art. 448, § 2-bis, do CPPI).

A exemplaridade dessas hipóteses permite avançar algumas reflexões sobre o direito brasileiro, no qual a disciplina da colaboração premiada revela serem *nulas* de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória (art. 4º, § 7º-B, da Lei 12.850/2013, a partir da redação conferida pela Lei 13.964/2019). Idêntica peremptoriedade, todavia, não foi observada na disciplina do acordo de não persecução penal, silente a respeito o art. 28-A do CPP, muito embora a previsão de recurso em sentido estrito apenas contra a decisão que lhe *recuse* a homologação (art. 581, XXV, do CPP) pudesse sugerir,

24. O Superior Tribunal de Justiça vem trilhando essa construção argumentativa em recentes acórdãos (*v.g.*, HC 837.239/RJ, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26.09.2023; AgRg no REsp 2.016.905/SP, 5ª T., rel. Min. Messod Azulay Neto, j. 07.03.2023).

a contrario sensu, seu descabimento posteriormente à chancela judicial. Também a interpretação analógica do art. 1.000 do Código de Processo Civil, chamado à colação por meio do art. 3º do CPP, poderia timbrar a adesão concordada como ato incompatível com a vontade de recorrer, preclusiva mesmo de seu exercício.

A singeleza do raciocínio, contudo, é ilusória.

Não fossem razões outras e ainda mais ponderosas, a oponibilidade residual da apelação contra as decisões definitivas a que se refere o art. 593, II, do CPP, de fato, sugere desfecho interpretativo diverso, já que a sentença que homologa o ANPP pode ser assimilada a uma "decisão com força de definitiva", vale dizer, que soluciona procedimento, "sem pôr fim ao processo em si, isto é, não condenam nem absolvem o acusado" (BADARÓ, 2020, p. 251). Assim como nos casos em que o processo é suspenso pela citação editalícia[25], quando se homologa suspensão condicional do processo[26] ou se acolhe laudo de insanidade mental[27], também a decisão que homologa o acordo de não persecução penal se afigura como interlocutória mista não terminativa. Exaurido o prazo da apelação, poder-se-ia cogitar da impetração de *habeas corpus* ou mesmo da propositura de revisão criminal[28].

Embora se afigure sobremodo restrita a recorribilidade por vício de vontade na pactuação, já que a voluntariedade vem pessoalmente declarada em audiência perante o juiz[29] (art. 28-A, § 4º, do CPP), não é de se preexcluir, por exemplo, a superveniente contestação da sentença homologatória que tenha colhido o assentimento de analfabeto ou estrangeiro desacompanhados do respectivo intérprete (art. 192, parágrafo único c/c art. 193 do CPP).

À natureza aparentemente artificiosa deste exemplo, se pode agregar um outro, ainda mais verossímil, considerando as peculiaridades recursais do processo penal brasileiro.

---

25. STJ, REsp 180.256/SP, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06.04.2000.
26. STJ, HC 16.377/SP, 6ª T., Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 20.09.2001.
27. STJ, REsp 1.769.615/CE, 5ª T., rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25.06.2019.
28. Os limites deste artigo não permitem uma digressão tão ampla sobre as interessantes questões que se antepõem ao cabimento de cada uma das espécies impugnativas previstas no direito processual penal brasileiro. Exorbitaria dos nossos objetivos declinar o articulado de razões por força dos quais, remotamente, o descumprimento do acordo poderia ensejar a submissão a uma pena privativa de liberdade e, em última análise, ameaça à liberdade reparável na via do remédio heroico. Excederia a nossos propósitos, de igual forma, investigar a natureza condenatória da sentença que homologa o ANPP (explorando todas as virtualidades do art. 28-A, § 12, do CPP) e, portanto, o cabimento da revisão criminal quando a ela sobrevenham fatos excludentes da punibilidade, como parece sugerir o art. 621, III, do CPP. Tentando abreviar essa discussão, alguns autores chegam a sustentar a aplicabilidade analógica do instituto da revisão judicial prevista no art. 128 da Lei 8.069/1990 (ARAS, 2020, p. 229).
29. Eis aqui uma garantia superior à do direito italiano, em que a audiência é facultativa, embora a doutrina daquele país, desde há muito, incentive os magistrados a realizarem o ato processual para a colheita do assentimento, única forma em que poderá "*parlarsi in concreto di una effettiva scelta processuale dell'imputato, e non di una perdita di garanzie surrettiziamente imposta*" (MARZADURI, 1998, p. 87). Para uma ampla digressão sobre a configuração dos vícios de vontade que comprometeriam a higidez do acordo nos planos da *existência*, *validade* e *eficácia* jurídica do acordo processual, confira-se CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, p. 114-124, 2020. passim.

Em denúncia subjetivamente complexa, a formação de um litisconsórcio passivo penal suscita novas perplexidades a cuja resolução repugna que não se possa, ao menos, recorrer à superior instância.

Figure-se a hipótese do concurso de três agentes em crime de sonegação tributária. Dois deles aceitam a proposta do acordo de não persecução penal[30], ao passo que o terceiro, reincidente, tem contra si recebida a denúncia e oferece resposta à acusação. Em juízo de absolvição sumária, o magistrado competente reconhece a atipicidade da conduta, pois o tributo, em momento posterior ao recebimento da denúncia, fora declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado (art. 397, III, do CPP), ou, ainda: realizada a instrução, sobrevém sentença absolutória do acusado reincidente por força da atipicidade do fato, considerada a superveniente desconstituição administrativa do crédito tributário (art. 386, III, do CPP, c/c Súmula Vinculante 24 do STF).

As hipóteses contempladas no art. 448, § 2-bis, do CPPI, inspiram a conclusão no sentido de que a natureza objetiva do fundamento absolutório, ferindo a qualificação jurídica do fato submetido ao acordo e a legalidade da sanção por condutas atípicas, socorreria a todos os três investigados e poderia ser controvertida, à luz da declaração de inconstitucionalidade ou da desconstituição do crédito tributário, perante as superiores instâncias.

Não é difícil observar a distância que tomam essas considerações da situação, resolúvel do ponto de vista da boa-fé processual (art. 577, parágrafo único, do CPP), em que o investigado, depois de homologado o ANPP, contrata novo defensor que o convence das grandes chances de absolvição em face dos elementos informativos constantes do inquérito e, por isso, pede a rescisão da avença. O acolhimento dessa pretensão, sem dúvida, afrontaria a boa-fé, desarticularia toda a lógica que preside a consensualidade no processo penal brasileiro (FISCHER, 2022, p. 390), destituiria o ANPP de sua operacionalidade prática[31] e que tem sido rechaçada pela jurisprudência em institutos análogos, a exemplo da suspensão condicional do processo[32].

30. Para uma interessantíssima abordagem sobre as condições do ANPP, especificamente em relação aos crimes tributários, confira-se: DAVID, Décio Franco, p. 245 et seq., 2020.

31. Correta, nesse sentido, a decisão monocrática lavrada pelo Min. Felix Fischer nos autos do HC 619.751/SP, em 15.12.2020, quando rejeitou a tese da insignificância a repercutir sobre a tipicidade material de delito, cuja investigação fora selada com a celebração de acordo de não persecução penal. Registrou-se, naquela oportunidade, que "a dilação probatória no caso vertente foi dispensada pela d. Defesa quando da aceitação do benefício do acordo de não persecução penal, configurando nítido nemo potest venire contra factum proprium afirmar a ausência de tipicidade material neste momento". Em sentido semelhante, embora versando o instituto da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), o seguinte julgado colegiado do Superior Tribunal de Justiça: HC 495.148/DF, 6ª T., Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24.09.2019.

32. "Quanto à alegada ofensa ao art. 89 da Lei n. 9.099/1998, tem-se que o momento adequado para se formular a proposta de suspensão condicional do processo é por ocasião da apresentação da inicial acusatória, conforme efetivamente ocorreu na hipótese dos autos. Não havendo aceitação da proposta no momento oportuno, tem-se a preclusão lógica, não sendo possível ao recorrente pugnar por nova proposta após sua condenação. A conduta do recorrente revela verdadeiro comportamento contraditório, em ofensa à cláusula geral de boa-fé processual, que vai de encontro ao brocardo *nemo*

Essa linha argumentativa, contudo, não parece suficiente para justificar a exclusão, *tout court,* da viabilidade de remédio hábil a reparar eventuais discrasias estatais na homologação do acordo celebrado, ainda que com limites angustos e obsequiosos da boa-fé processual (AVENA, 2021, p. 310; SANTOS, 2020, p. 175).

3.3. Controle jurisdicional

A mais abrangente crítica em desfavor da consensualidade vem arremetida contra a elevação de um novo paradigma epistêmico do processo penal e a disponibilidade, por ele representada, em relação ao postulado *nulla poena sine iudicio* (FERRAJOLI, 2018b, p. 778 *et seq.*). O cânone ocidental da jurisdicionalidade da pena, núcleo indefectível de garantias dos acusados, se veria ameaçado pela expansão do perímetro de operatividade dos ritos de cariz premial e da "jurisdição participada" (VIGONI, 2000, p. 124).

Respostas intermediárias a essas objeções se espraiam sobre os mais variados espectros argumentativos. Enquanto alguns autores sustentam que o *accertamento* nos ritos negociais descende do resultado combinado de atos mistos de conhecimento até atos de vontade das partes, coerentemente articulados no renovado modelo de horizontalidade do Estado com os particulares (ORLANDI, 2002, p. 270); outros, não com menor brilhantismo, adiantam que a pactuação de uma pena submetida à homologação do Poder Judiciário não elide a cognição imposta pelo ditame constitucional, apenas oferece uma técnica epistêmica alternativa àquela desenvolvida no contraditório processual (PAULESU, 2009, p. 300; SCELLA, 2009, p. 118).

Brasil e Itália, nesse tema, se afastaram dos extremos em que se situam o direito francês e espanhol e optaram pela via mediana[33], ao fim da qual tem o juiz de avaliar o material informativo constante das investigações e declarar a insubsistência de motivo que lhe imponha o arquivamento (art. 28-A do CPP) ou mesmo a absolvição (art. 444, § 2º, do CPPI). A ausência de um juízo sobre o fato histórico, pois, é desmentida pela necessidade imposta pelo legislador, segundo a qual incumbe ao magistrado verificar a existência de causa necessária e suficiente ao arquivamento do feito. Insistindo na metáfora pactual e relevada a sonoridade cacofônica que os pruridos mais tradicionalistas possam alvitrar, alguns autores aludem a essa modalidade de controle como demonstrativa de que o acordo, em verdade, é *trilateral*[34] (VIGONI, 2000, p. 130).

---

potest venire contra factum proprium, porquanto a ninguém é dado se comportar contrariamente aos seus próprios atos." (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1795893/PE, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.06.2020.)

33. "In Italia, dunque, quantomeno da un punto de vista della lettera della legge, non si è optato né per il modello dell'accertamento pieno di stampo francese (il testo del codice Vassalli, a differenza del cod. proc. pén. non afferma che il decisore deve verificare la realtà dei fatti in sede di vaglio sull'intesa), né per quello spagnolo, che vede l'orano giudicante totalmente vincolato sul tema storico alla volontà delle parti." (DELLA TORRE, 2019, p. 403.)

34. As referências doutrinárias variam, havendo autores que aludem a expressões como *negozio trilaterale* (GRILLO, 1993, p. 171) e *patteggiamento a tre* (SPANGHER, 1996, p. 100).

Manifestação ilustrativa desse controle no direito brasileiro, o art. 28-A, § 5º, do CPP, estatui que se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Parece viger nessa matéria, como se dá em solo italiano, o princípio do *contenuto chiuso della richiesta delle parti*, por força do qual não se consente ao magistrado, a pretexto de controlar sua legalidade, exercer *ius variandi sui termini dell'accordo* (MARCOLINI, 2005, p. 114) ou emitir juízo manipulativo de seu conteúdo (VIGONI, 2000, p. 179). Insistindo no poder evocativo da metáfora, se o acordo é trilateral, um dos interlocutores é "mudo" (CHIAVARIO, 2017, p. 599), conclusão a que parece convergir, também, a doutrina brasileira[35].

Essa mesma linha de raciocínio impede, em nosso ordenamento, que o magistrado a quem for apresentado o ANPP, por exemplo, homologue-o mediante censura de *parte* de suas cláusulas tidas por ilegais, a exemplo daquelas inespecíficas a que se refere o art. 28-A, V, do CPP. Impositiva, nesse caso, a rejeição *total* do acordo, o qual vai compreendido na qualidade de negócio processual monolítico, uno e indecomponível, inclusive sob o influxo civilístico da indivisibilidade das transações (art. 848 do CC)[36].

No ordenamento processual italiano, a leitura do art. 444, § 2º, do CPPI, revela que o controle jurisdicional sobre a proposta das partes se desdobra em quatro estratificações: (i) não ser caso de extinção da punibilidade ou mesmo de absolvição, na forma do art. 129 do CPPI[37]; (ii) estar corretamente tipificada a conduta investigada; (iii) estejam corretamente aplicadas as circunstâncias modificativas da pena abstrata; e (iv) haja "congruência" na pena proposta. Segundo abalizada doutrina, esses estratos demonstram a erupção do cognominado "tema histórico" no âmbito do controle jurisdicional, cuja manifestação resulta incindível da prévia apreciação dos contornos factuais da conduta investigada e desmente a imagem de um procedimento refratário à componente cognitiva do juízo (CAPUTO, 2009, p. 321).

A obrigação judicial de proceder ao juízo absolutório antes mesmo de se analisar os termos da avença apresenta a meritória vantagem de liberar o acusado da sujeição ao acordo se

35. Nesse sentido, as considerações de BEM, Leonardo Schmitt de, p. 539, 2020 e SOUZA, Renee do Ó, p. 132, 2020. Mais recentemente, Maria Thereza de Assis Moura e Maria Paula Cassone Rossi (2021, p. 618) afirmam que "[E]m se tratando de negócio jurídico processual, o acordo de não persecução penal pressupõe consensualidade e a aquiescência das partes, afastando a intervenção judicial em seu conteúdo, salvo sob os restritos limites da atividade fiscalizatória atribuída ao magistrado pelo parágrafo 5º do artigo 28-A do Código de Processo Penal".

36. Confirmam essa conclusão as considerações externadas em julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, quando se assentou descaber ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordos (HC 194.677/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.05.2021).

37. A redação do art. 129, § 1º, do CPPI, instaura o *Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*, de modo que, em tradução livre, "em qualquer estado e grau do processo, o juiz, reconhecendo que o fato não existe, ou que o acusado não o cometeu, ou que o fato não constitui crime ou não está previsto em lei como crime, ou que o crime se extinguiu ou que falta uma condição de admissibilidade, declara-o de ofício com sentença".

os autos revelarem, de imediato, situação processual que lhe garanta um epílogo mais favorável. A doutrina italiana frisa, a esse respeito, as críticas aos precedentes que têm admitido um "simulacro de motivação" sobre a *inexistência* das causas previstas no art. 129, § 1º, do CPPI, já que, sobre elas, a legislação reclama constatação negativa (*accertamento negativo della non punibilità*) (ORLANDI, 2016, p. 612; SANNA, 2018, p. 94).

Também no direito brasileiro, a leitura sistemática da cabeça do art. 28-A do CPP com seu § 7º sinaliza a obrigatoriedade de fiscalização jurisdicional sobre a *inexistência* de causa de arquivamento (LIMA, 2020, p. 280; SALGADO, 2022, p. 478). Ora, podendo recusar homologação à proposta que não atenda aos requisitos legais, deve o juiz averiguar se a proposta se ergue sobre elementos informativos cuja suficiência se afastem daquela hipótese prevista no art. 18 do CPP, segundo o qual a "falta de base para a denúncia" implica o arquivamento do inquérito policial[38].

Parcela da doutrina nacional parece acudir a essa conclusão, salientando que "o acordo não pode, por si, estipular uma pena ou condições gravosas ao imputado caso não haja motivos de fato suficientes para que aceite que há alguma probabilidade de que ele foi o autor do delito" (KIRCHER, 2022, p. 73); que "o acordo de não persecução não pode se prestar para ser instrumento de obtenção de justa causa para a investigação" (CABRAL, 2020, p. 107); que o juiz deixará de "homologar o pacto, em razão de atipicidade, concreção do lapso prescricional ou ausência de justa causa para a ação penal" (COIMBRA; COIMBRA, 2020, p. 112); ou, ainda, que é:

> "inviável a utilização do acordo de não persecução penal para abreviar investigações ou arrematar investigações incompletas ou insuficientes, quando o correto seria o arquivamento do feito. O acordo de não persecução penal é uma alternativa à denúncia, não ao arquivamento; simplifica o procedimento judicial, não a investigação." (SAAD, 2020, p. 175.)

O fraseado inicial do art. 28-A do CPP, a exemplo do art. 129 do CPPI, portanto, "age como garantia final para a proteção do acusado, e deve ser entendido como expressão direta do envolvimento necessário do juiz, que é feito garante da ausência de elementos que possam levar a um resultado mais favorável" (VIGONI, 2000, p. 298 – tradução nossa).

A importância dessa dimensão do controle jurisdicional, releva dizer, descende da problemática de maior envergadura no assunto, qual seja, a possibilidade, não peregrina, de que o imputado, posto que desejoso de provar sua inocência, rejeite a assunção dos riscos oferecidos pela variabilidade da jurisprudência e prefira celebrar o acordo (LOZZI, 2017, p. 500). Bem por isso, parcela da doutrina sustenta que "[O] ideal seria que a barganha ficasse reservada apenas aos casos em que as evidências contra o acusado fossem fortes e

38. Demasiadamente ampla para ser aprofundada nesta sede é a questão tormentosa que discute a profundidade da cognição judicial nessa etapa preliminar. Na Itália, contra a tendência jurisprudencial, autorizada doutrina tem negado vigência ao princípio *in dubio pro reo*, ao sustentar que a aplicação do art. 129 do CPP exige prova robusta (TONINI, 2017, p. 819). Para uma interessante análise, no Brasil, a respeito dessa problemática no direito italiano, confiram-se as observações de VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna, p. 448, 2015.

suficientes para superar facilmente seu estado de inocência" (BRITO; VANZOLINI, 2021, p. 32).

É dizer: a metamorfose dos elementos informativos constantes do inquérito policial em acervo probatório, posteriormente ao "toque de Midas" do consenso, discrepa da norma inscrita no art. 155 do CPP e, como enfatiza a doutrina italiana, aumenta as responsabilidades cognitivas do Poder Judiciário (TAORMINA, 2015, p. 255). Na dicção autorizada de Franco Cordero (2012, p. 1.037), *gli accordi sulla pena non sono dei "plea bargaining" davanti a cui il giudice funga da notaio: né configurano negozi da omologare; siamo davanti a dei petita, accoglibili o no. Accertamento giurisdizionale, dunque.*

4. Considerações finais

As críticas dirigidas à privatização do processo penal são variadas e se conjugam em muitos idiomas. As referências apologéticas aos institutos de consensualidade estadunidense, muito frequentes na literatura jurídica brasileira, não guardam coerência histórica com as reais origens do fenômeno e nem devem obscurecer a exemplaridade fornecida por outros ordenamentos em termos de dogmática processual penal, especialmente em face das novidades operadas no art. 28-A do CPP por força da Lei 13.964/2019.

Ao longo do primeiro capítulo, demonstramos que a ambiência legislativa dos cenários europeus oferece um heterogêneo catálogo de instrumentos processuais acomunados à matriz dispositiva sob a influência da qual, observando a pluralidade de módulos aprazíveis a cada um dos legisladores nacionais e os atos normativos emanados na Comunidade Europeia, o processo penal tem seu epílogo antecipado à vista do consenso entre a acusação e o imputado. Os institutos canônicos da consensualidade penal em França (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*), na Alemanha (*Verständigung*), na Espanha (*conformidad*) e na Itália (*patteggiamento*) revelam, cada um a seu modo, importantes contribuições às lacunas aparentes do regramento brasileiro.

A experiência italiana foi selecionada como superfície de contraste específica aos propósitos metodológicos deste artigo, seja por sua irmandade histórico-jurídica com o direito brasileiro, seja em razão da profusão de diretrizes extraídas do CPPI que podem iluminar situações controversas da disciplina do ANPP. Não havendo espaço para abordá-las todas neste espaço de limitadas proporções, selecionaram-se, já no segundo capítulo, três ordens de contribuições do processo penal italiano à dinâmica do ANPP, desdobrada em sua dimensão temporal, sua dimensão impugnativa e, por fim, sua dimensão jurisdicional.

Quanto às balizas temporais da propositura do ANPP, sua admissibilidade até a conclusão da fase pré-processual reverbera preocupação igualmente desenvolvida em solo italiano, onde as restrições legislativas somente cedem espaço às hipóteses em que sobrevenha ao desenrolar do processo penal modificação na capitulação delitiva. Destacamos, então, as razões sistemáticas que recomendam idêntica conclusão no direito brasileiro, seja em decorrência da literalidade do art. 28-A do CPP, seja em virtude da expressiva orientação jurisprudencial que se anuncia no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

No que tange aos perfis impugnativos em face da sentença homologatória do pacto processual, o legislador italiano sepultou a intangibilidade do consenso entre as partes e o fez em moldes bastante restritivos, enumerando as hipóteses excepcionais em que se poderia, sem prejuízo à lógica do *patteggiamento*, guindar a discussão até o crivo das instâncias superiores. Trasladar essas conclusões ao direito brasileiro se justifica não apenas sob a perspectiva da interpretação sistemática com a disciplina da colaboração premiada, senão que é medida corretiva da multiplicidade de situações exigentes de restauração da isonomia perante o Estado acusador, mormente em caso de litisconsórcio passivo na ação penal. Quer por meio de apelação, quer por meio de ações impugnativas de maior estatura, a submissão da sentença pactuada às superiores instâncias não deve ser extirpada, legal ou convencionalmente, a pretexto de evitar abusos pontuais à boa-fé processual e à operacionalidade sistêmica do ANPP.

Por fim, relativamente aos limites do controle jurisdicional sobre o acordo, tanto o ordenamento brasileiro quanto o italiano não consentem ao magistrado, a pretexto de controlar sua legalidade, emitir juízo manipulativo de seu conteúdo. À luz do direito italiano, é possível concluir que as disposições constantes do art. 28-A, §§ 5º e 7º, do CPP, não autorizam o juiz a homologar *em parte* a proposta acordada e substituir-se às partes. Sob outra angulação do mesmo problema, Brasil e Itália se afastaram dos extremos em que se situam o direito francês e o espanhol, recusando a atuação meramente notarial do Poder Judiciário perante o acordo; ao contrário, optaram pela via mediana, ao fim da qual tem o magistrado de avaliar, ainda que perfunctoriamente, o material informativo constante das investigações e declarar a insubsistência de motivo que lhe imponha o arquivamento (art. 28-A do CPP) ou mesmo a absolvição (art. 444, § 2º, do CPPI).

5. Referências

AMBROISE-CASTÉROT, Coralie. Le consentement en procédure pénal comparé. In: *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire.* Mélanges offerts à Jean Pradel. Paris: Cujas, 2006.

AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale.* Milano: Giuffrè, 2016.

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: CAVALCANTE, André Clark et al. (Orgs.). *Lei anticrime comentada.* Leme: JH Mizuno, 2020.

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Método, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

BELLO FILHO, Ney de Barros; LEAL, Bruno Hermes. Associação de tipo mafioso: propostas de espelhamento típico na Itália e no Brasil. In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 176. p. 21-49, fev. 2021a.

BELLO FILHO, Ney de Barros; LEAL, Bruno Hermes. *Autoriciclaggio*: notas de direito comparado sobre o crime de autolavagem no direito italiano. In: SALOMÃO, Luís Felipe; FONSECA, Reynaldo Soares da; VIDEIRA, Renata Gil de Alcantara et al. (Orgs.). *Sistema penal contemporâneo.* Belo Horizonte: Fórum, 2021b.

BELLO FILHO, Ney de Barros; LEAL, Bruno Hermes. "Ecomafia": a experiência italiana no enfrentamento dos crimes ambientais de perfil mafioso. In: *Revista Direito Público*, v. 17, n. 95, p. 153-184, 2020. Disponível em: [https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4250].

BEM, Leonardo Schmitt de. Acordo de não persecução penal. In: HABIB, Gabriel (Coord.). *Pacote anticrime.* Salvador: JusPodivm, 2020.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: *Acordo de não persecução penal.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BOULOC, Bernard. *Procédure pénale.* 25. ed. Paris: Dalloz, 2016.

BRITO, Alexis Couto de; VANZOLINI, Patrícia. Acordo de não persecução penal. Parâmetros para o necessário devido processo e a paridade de armas. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Orgs.). *Os desafios das ciências criminais na atualidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal.* Salvador: JusPodivm, 2020.

CAPUTO, Matteo. *Il diritto penale e il problema del patteggiamento.* Napoli: Jovene, 2009.

CARNEIRO, Andréa Soares. O acordo de não persecução penal em grau recursal. In: BECHARA, Fábio Ramazzini; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Orgs.). *Os desafios das ciências criminais na atualidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale.* 7. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2017.

COIMBRA, Mário; COIMBRA, Janaina de Almeida. Do processo em geral. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (Coord.). *Código de Processo Penal comentado*. Curitiba: Juruá, 2020.

CORDERO, Franco. *Procedura penale.* 9. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

DAMAŠKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere.* Analisi comparatistica del processo. Bologna: Il Mulino, 1991.

DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa.* Miti, realtà e prospettive. Milano: Wolters Kluwer, 2019.

DESPREZ, François. *L'ambivalence de l'aveu dans le procès pénal.* Paris: Mare & Martin, 2019.

DEU, Teresa Armenta. Proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional. In*: Estudios de justicia penal.* Madrid: Marcial Pons, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo: ED. RT, 2020.

FARIA COSTA, José de. Consenso, verdade e direito. In*: Linhas de Direito Penal e Filosofia.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione.* Teoria del garantismo penale. 11. ed. Bari: Laterza, 2018b.

FERRAJOLI, Luigi. Pactos penales y crisis de la jurisdicción. In*:* GUZMÁN, Nicolás (Coord.). *Escritos sobre derecho penal*. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2018a. v. 3.

FERRUA, Paolo. Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale. In*: Studi sul processo penale.* Anamorfosi del processo accusatorio. Torino: G. Giappichelli, 1992. v. II.

FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In*: Studi sul processo penale.* Declino del contraddittorio e garantismo reattivo. Torino: G. Giappichelli, 1997. v. III.

FISCHER, Douglas. Apontamentos sobre algumas questões relevantes do acordo de não persecução penal – ANPP. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça consensual*. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FOLLIERI, A. Art. 446. In: CONSO, Giovanni; ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*. 2. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2015.

FURGIUELE, Alfonso. *L'applicazione di pena su richieste delle parti.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2022.

GARAPON, Antoine. *Bien juger.* Essai sur le rituel judiciaire. Paris: Odile Jacob, 2001.

GARAPON, Antoine. Le pacte faustien ou les avatars de la liberté. In: *Raconter la loi.* Aux sources de l'imaginaire juridique. Paris: Odile Jacob, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Justiça negocial e acordo de não persecução penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, jul.-ago. 2022.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRILLO, Renato. I riti 'speciali': inconvenienti e soluzioni per una sollecita definizione dei processi. In: *Giurisdizione e cultura della legalità.* Le regole del processo penale alla prova. Roma: Camera dei Deputati, 1993.

GROSSI, Paolo. *Oltre la legalità.* Bari: Laterza, 2020.

GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils a ceux qui étudient et a ceux qui écrivent. Paris: Aubier, 1951.

HUNGRIA, Nelson. Os pandectistas do Direito Penal. In: *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, t. 2.

ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: WINTER, Lorena Bachmaier (Coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

INSOLERA, Gaetano. *Declino e caduta del diritto penale liberale.* Pisa: ETS, 2019.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 9. ed. München: C.F. Müller, 2015.

LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale.* Dottrine generali. Napoli: Jovene, 1961. v. 1.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale.* 12. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017.

LUDWICZAK, Franck. *Les procédures alternatives aux poursuites*: une autre justice pénale. Paris: L'Harmattan, 2015.

MACCHIA, Alberto. *Il patteggiamento.* Milano: Giuffrè, 1992.

MANNOZZI, Grazia. Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa. In: VIGANÒ, Francesco et al. (Orgs.). *La pena, ancora fra attualità e tradizione*. Studi in onore di Emilio Dolcini. Milano: Giuffrè, 2018.

MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata.* Milano: Giuffrè, 2005.

MAZARDURI, Enrico. Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata. In: GIOSTRA, Glauco; INSOLERA, Gaetano (Coords.). *Costituzione, diritto e processo penale.* I quarant'anni della Corte costituzionale. Milano: Giuffrè, 1998.

MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza.* 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MORENO CATENA, Victor. *Los nuevos procesos penales.* El procedimiento abreviado. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004. v. I.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ROSSI, Maria Paula Cassone. O acordo de não persecução penal na Lei n. 13.964/2019. In: SANTORO, Antônio Eduardo; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça consensual*. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MUSCO, Enzo. *L'illusione penalistica.* Milano: Giuffrè, 2004.

NAPPI, Aniello. *Guida al Codice di Procedura Penale.* Milano: Giuffrè, 2007.

ORLANDI, Renzo. Procedimenti speciali. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio; BARGIS, Marta (Orgs.). *Compendio di procedura penale.* 8. ed. Milano: Wolters Kluwer, 2016.

ORLANDI, Renzo. Riti speciali e trattamento sanzionatorio. In*: Sistema sanzionatorio*: effettività e certezza della pena. Milano: Giuffrè, 2002.

PALAZZO, Francesco. La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali. In: *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*. Milano: Giuffrè, 2007.

PAULESU, Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato.* 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

PISANI, Mario. *Italian style*: figure e forme del nuovo processo penale. Padova: Cedam, 1998.

PITTARO, Paolo. L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale. In: SPANGHER, Giorgio et al. (Orgs.). *Il patteggiamento.* Milano: Giuffrè, 1999.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht.* 28. Aufl. München: C.H.Beck, 2014.

SAAD, Marta. Comentários ao art. 28-A. In: GOMES FILHO, Antônio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.

SALGADO, Daniel de Resende. A horizontalização do acordo de não persecução penal. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça consensual*. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SÁNCHEZ, Juan Antonio Lascuraín; INCHAUSTI, Fernando Gascón. Por que os inocentes celebram acordos com reconhecimento de culpa? In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça consensual*. Acordos criminais, cíveis e administrativos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento"*. Tra prassi e novelle legislative. Milano: Wolters Kluwer, 2018.

SANTOS, Marcos Paula Dutra. *Comentários ao Pacote Anticrime*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SAVATIER, René. L'éclatement de la notion traditionnelle de contrat. In: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui.* 2. ed. Paris: Dalloz, 1952.

SCELLA, Andrea. Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato. In*:* DI CHIARA, Giuseppe (Org.). *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo.* Torino: G. Giappichelli, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In*:* GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio.* Madrid: Tecnos, 2002.

SIAGURA, Anna Maria. *La negoziabilità della pena.* Esperienze giuridiche a confronto. Padova: Cedam, 2015.

SOUSA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal. In: SOUSA, Renee do Ó (Org.). *Lei anticrime.* Comentários à Lei 13.964/2019. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SPANGHER, Giorgio. Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali. In*: Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*. Milano: Giuffrè, 1996.

TAORMINA, Carlo. *Procedura penale.* Torino: G. Giappichelli, 2015.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale.* 18. ed. Milano: Giuffrè, 2017.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 1.

TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée? In: OST, François et al. (Coords.). *Droit négocié, Droit imposé?* Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 1996.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, ano 30, jul.-ago. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. In*: Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, jan.-jun. 2015. Disponível em: [https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880]. Acesso em: 09.03.2022.

VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richieste delle parti.* Milano: Giuffrè, 2000.

VILLEY, Michel. Essor et décadence du volontarisme juridique. In: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit.* Paris: Dalloz, 1962.

ZILLI, Marcos. Tudo que é sólido desmancha no ar. Do processo penal disputado à revolução consensual. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Orgs.). *Código de Processo Penal*. Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Ed. RT, 2021. v. 1.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Áreas do Direito: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276;
- Justiça negocial e acordo de não persecução penal, de Ricardo Jacobsen Gloeckner – *RBCCrim* 191/329-373; e
- O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 191/93-120.

Bello Filho, Ney de Barros; Leal, Bruno Hermes. Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 227-253. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515819].

Criminologia

Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO

Prohibitionism, prison and Covid-19: how the pandemic has changed the dynamics of drug entry into the Aparecida de Goiânia/GO prison complex

Guilherme Borges

Doutor em Sociologia, com Pós-Doutorado em Direitos Humanos, ambos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pesquisador vinculado ao Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Psicoativos (NEIP) e do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI/UFG).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9661353278418830].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-5992-3251].
guidhu@gmail.com

Joara de Paula Campos

Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestra em Genética pelo Instituto de Biociências de Botucatu, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (IBB/UNESP). Bacharel em Ciências Biomédicas pela UNESP. Perita Criminal da Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de Goiás.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7078814663839361].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-1731-9926].
joarapc@gmail.com

Franciele Silva Cardoso

Doutora em Direito Penal (USP). Mestre em Direito (USP). Bacharel em Direito (USP). Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência (NECRIVI/UFG). Professora adjunta da Universidade Federal de Goiás.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3906911979682226].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-9094-6008].
francielecardoso@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

Recebido em: 16.03.2023
Aprovado em: 19.06.2023
Última versão dos autores: 14.11.2023

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente trabalho se debruça sobre o fluxo de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia em meio à crise da Covid-19, momento no qual as visitas foram temporariamente interrompidas. A questão central abordada é: a interrupção das visitas, decorrente da pandemia, teria cessado a infiltração de substâncias psicoativas ilícitas nas unidades prisionais em foco? Ou emergiram novos métodos e dinâmicas para assegurar sua contínua introdução no ambiente carcerário? Para elucidar tal indagação, recorreu-se à análise dos Registros de Atendimento Integrado (RAI) e dos laudos oriundos do Sistema de Informações de Criminalística (ODIN). Os achados revelam que, mesmo diante da proibição de visitas, o fluxo de drogas no ambiente prisional não só persistiu, como também se reinventou mediante novas abordagens e táticas. A partir destes dados, o estudo infere que a contínua infiltração de drogas durante o período de maior restrição contrapõe a noção amplamente aceita de que visitas são o principal canal de entrada de substâncias proibidas em estabelecimentos prisionais. Tal constatação aponta para a imperativa revisão dos protocolos de segurança e monitoramento nas unidades analisadas e, de forma mais ampla, da abordagem proibicionista das drogas presente na legislação nacional.

Palavras-chave: Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia – Sistema prisional – Tráfico de drogas em prisões – Políticas proibicionistas – Pandemia de Covid-19.

Abstract: The present study delves into the drug flow within the Aparecida de Goiânia Prison Complex during the Covid-19 crisis, a time when visits were temporarily halted. The central question addressed is: did the cessation of visits due to the pandemic halt the infiltration of illicit psychoactive substances into the targeted prison units? Or did new methods and dynamics emerge to ensure their continuous introduction into the prison environment? To shed light on this query, the study turned to the analysis of the Integrated Service Records (RAI) and reports from the Criminalistics Information System (ODIN). The findings reveal that, even in the face of visitation bans, the drug flow within the prison environment not only persisted but also reinvented itself through new approaches and tactics. Based on this data, the study infers that the continuous infiltration of drugs during the period of heightened restriction challenges the widely accepted notion that visits are the primary entry channel for prohibited substances in prison facilities. Such a finding points to the imperative revision of security and monitoring protocols in the units examined and, more broadly, the prohibitionist approach to drugs present in national legislation.

Keywords: Aparecida de Goiânia Prison Complex – Prison system – Drug trafficking in prisons – Prohibitionist policies – Covid-19 Pandemic.

Sumário: 1. Introdução. 2. A "guerra às drogas" no Brasil e o encarceramento em massa: desigualdades e contextos de apreensão. 3. Dados e métodos. 4. Inserção e apreensão de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia durante a pandemia de Covid-19. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O encarceramento desponta como um dos mecanismos centrais adotados pelo Estado brasileiro no âmbito de sua política proibicionista, buscando limitar o acesso e desincentivar

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

o uso de substâncias ilícitas. Fundamenta-se na premissa de que a imposição de penalidades rigorosas teria o potencial de coibir produtores, comerciantes e usuários (BEWLEY-TAYLOR; HALLAM; ALLEN, 2009). Entretanto, estudos oriundos de campos como as ciências sociais e a criminologia crítica, que se debruçam sobre a problemática das drogas, apontam que o proibicionismo tem falhado na redução da oferta e demanda dessas substâncias nas sociedades onde foi implementado (BOITEUX, 2009; FIORE, 2012; BORGES, 2019). Mais alarmante é a constatação de que, mesmo com o endurecimento das legislações penais direcionadas ao tráfico de drogas, o número de indivíduos presos por tais crimes continua em ascendência, chegando a representar aproximadamente 20% das infrações registradas no país (MJSP; DPN, 2020).

Em meio a este intrincado cenário, certas evidências apontam para a inoperância do atual paradigma de controle de substâncias psicoativas. A notória incidência de drogas ilícitas nos estabelecimentos penitenciários do Brasil atesta a falibilidade das estratégias proibicionistas. Estas, mesmo diante de ambientes sob meticulosa supervisão estatal, não logram êxito em regular ou inibir eficazmente o consumo e a circulação de tais substâncias.

Estudos realizados por Carvalho e Jesus (2012), Oliveira (2014) e Campos (2020), que investigam a penetração de drogas ilícitas no ambiente carcerário, indicam, com base em registros de infratores capturados em situações de flagrante, que a predominância desses episódios ocorre por meio da entrega de mantimentos e da presença de visitantes.

Neste contexto de apreensão de drogas e outros objetos com visitantes, sobretudo em ações de revistas íntimas/vexatórias[1], mulheres e parentes dos detentos são frequentemente identificados como os principais atores dessas ações[2]. Contudo, é importante destacar que essas pesquisas focam em situações em que a origem das substâncias é claramente determinada. Isso sugere que não foram contemplados os casos em que a identidade da pessoa

1. Em meio à complexidade do ambiente prisional, Lago (2019) relata que a revista íntima/vexatória – uma prática potencialmente violadora dos direitos humanos – é considerada pelo Estado como um meio necessário para controlar o fluxo de objetos ilegais. Porém, a efetividade desse método é discutível, visto que uma parte bastante ínfima das visitas culminam em apreensões de drogas ou outros objetos. Ainda que existam leis proibindo revistas íntimas/vexatórias, sua prática persiste, demonstrando as inconsistências e as ambiguidades do sistema legislativo. As alternativas tecnológicas, como os *scanners* corporais, são frequentemente percebidas como invasivas, acirrando debates sobre controle e dignidade corporal. As discussões envolvendo essas práticas são ainda agravadas por questões de gênero e violência sexual, apontando para relatos de tortura e violações dos direitos humanos, conforme constatado também no sistema socioeducativo (SANDER, 2021). Portanto, a revista íntima/vexatória torna-se um foco essencial nos estudos de criminalização, encarceramento e gênero, demonstrando a tensão entre a manutenção da ordem no sistema prisional e o respeito aos direitos humanos.
2. Juliana Borges (2019) argumenta que os procedimentos de revista íntima em presídios podem ter um efeito desencorajador, dissuadindo familiares e amigos a visitarem seus entes aprisionados, por causa da humilhação intrínseca ao processo. Este sentimento de humilhação e revolta também é destacado por Minayo e Constantino (2015), sugerindo que as práticas penitenciárias podem reforçar a criminalidade, em vez de ajudar na reabilitação. A falta de apoio estatal ou social para as famílias nesse contexto é acentuada, com a sensação de serem "indesejadas" ou "toleradas, o que reforça o controle e a suspeita sobre elas (SILVESTRE, 2012).

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

responsável pela introdução das substâncias permaneceu incerta. Esta particularidade na pesquisa, que abrange uma considerável quantidade de ocorrências, é reconhecida, mas merece uma discussão mais aprofundada.

É essencial, acima de tudo, adotar uma perspectiva analítica cuidadosa para assegurar que mulheres e familiares de detentos não sejam indevidamente estigmatizados. Conforme será evidenciado adiante, os dados mostram claramente que apenas uma pequena fração de visitantes foi efetivamente identificada tentando introduzir itens proibidos. Assim, é crucial abordar o tema com sensibilidade, evitando generalizações que possam perpetuar concepções equivocadas.

Dados recentes fornecidos pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP), catalogados no relatório da Ouvidoria-Geral e do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública de São Paulo (DPESP), ressaltam a complexidade desse cenário. Em 159 unidades prisionais administradas pela SAP, foram registradas mais de 3,4 milhões de visitas. Nesse contexto, foram apreendidos 493 celulares com visitantes, representando apenas 0,013% do total de visitas (SÃO PAULO, 2014). Por outro lado, foram apreendidos 11.992 celulares dentro das prisões no mesmo período, indicando que o volume de aparelhos confiscados dos visitantes é uma fração ínfima (3,66%) do total apreendido.

Uma situação análoga foi observada no caso das apreensões de drogas. De 4.417 apreensões, apenas 0,01% das substâncias psicoativas foram confiscadas dos visitantes. Em outros termos, apenas duas em cada mil visitantes foram flagradas portando algum item ilícito em partes íntimas (SÃO PAULO, 2014).

Essa tendência foi corroborada por um estudo realizado pela Rede de Justiça Criminal em 2015, que revelou que apenas 0,03% das visitas foram flagradas tentando entrar no presídio com algo escondido no corpo, o que representa três em cada 10 mil pessoas, enquanto 3,5 milhões de pessoas foram submetidas a essa prática. Nos casos de apreensão de drogas, os dados indicam que apenas 0,02% do total de visitantes estava envolvido neste tipo de infração (RJC, 2015).

Esses números ilustram a necessidade de uma reavaliação crítica do paradigma que associa visitantes e, particularmente, mulheres e familiares de presos, à introdução de substâncias ilícitas e outros itens proibidos nas prisões. Dada a discrepância entre os itens apreendidos dos visitantes e os confiscados dentro dos presídios, fica evidente que há outros canais de entrada ainda não completamente mapeados ou compreendidos.

A pandemia de Covid-19, que impôs medidas de isolamento social em escala global, incluindo a suspensão das visitas em presídios, trouxe uma nova perspectiva para a problemática da entrada de drogas no sistema prisional. Se, como indicam os estudos anteriormente referenciados, as visitas são a principal via de introdução de substâncias ilícitas nas prisões, ao menos nos casos em que a autoria do crime foi identificada, como se manteve a presença de drogas durante o período de isolamento?

A necessidade de suspender as visitas como estratégia de prevenção contra a disseminação do vírus em locais de alta concentração populacional e higiene precária, como os presídios, gerou um panorama inédito para o estudo do fluxo de entrada de drogas no sistema

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

prisional (DIETZ *et al*., 2020; WHO, 2020). No Brasil, essa medida, que também afetou atividades educacionais, laborais, atendimentos jurídicos, assistências religiosas e transferências de detentos, foi posta em prática a partir de março de 2020 (BRASIL, 2020a) e perdurou até novembro do mesmo ano (BRASIL, 2020b), totalizando quase nove meses de restrição.

Com a interrupção daquilo que era supostamente a principal rota de introdução de substâncias ilegais – que associava visitantes, especialmente, mulheres e parentes de detentos, à entrada de drogas e outros itens proibidos nas penitenciárias – esperava-se uma redução significativa na presença de drogas nas prisões. No entanto, conforme diagnosticado por este estudo, tal expectativa não se concretizou.

A análise do período de isolamento social proporciona uma oportunidade única para entender mais profundamente os processos e os atores que colaboram para a entrada de drogas nas prisões. Isso permite uma crítica construtiva das políticas proibicionistas e das estratégias de controle e prevenção. Afinal, se a infiltração de drogas continuou mesmo sem visitas, isso indica a existência de outras vias de introdução ainda não completamente identificadas ou compreendidas.

Assim, a finalidade deste estudo é pesquisar e entender as mudanças na dinâmica de entrada de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia durante o período de isolamento social estabelecido pela pandemia da Covid-19[3]. O objetivo é avaliar os efeitos da suspensão das visitas e investigar se novas táticas foram criadas para driblar essas limitações. Buscamos aprofundar o entendimento deste fenômeno, destacar suas implicações e lacunas de conhecimento e sugerir direcionamentos para futuras pesquisas e políticas públicas.

Este trabalho é organizado em quatro partes. Na primeira, intitulada "A 'guerra às drogas' no Brasil e o encarceramento em massa: desigualdades e contextos de apreensão", adotamos um olhar crítico para examinar a política de drogas no Brasil e seu impacto no encarceramento em massa. Discutimos as desigualdades sociais, políticas e econômicas inerentes a essa abordagem proibicionista e suas consequências na apreensão e punição dos indivíduos envolvidos no tráfico de drogas. Na seção "Dados e Métodos", delineamos a estrutura da nossa pesquisa, fornecendo um panorama detalhado da metodologia adotada, incluindo os métodos de coleta e análise de dados. Também discutimos as fontes de informação utilizadas para desenvolver uma avaliação rigorosa da entrada de drogas nas prisões brasileiras. Na terceira parte, "A entrada e a apreensão de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia durante a pandemia da Covid-19", realizamos uma análise específica do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, focando em como a dinâmica de entrada e apreensão de drogas nesse local foi afetada pela pandemia da Covid-19 e pelas subsequentes medidas restritivas implementadas. Finalmente, em "Considerações finais", resumimos os principais achados de nossa pesquisa e exploramos suas implicações para o entendimento da dinâmica de entrada de drogas no sistema prisional brasileiro.

3. Desde 2012, a revista íntima/vexatória no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia é realizada por meio de *scanner*.

2. A "guerra às drogas" no Brasil e o encarceramento em massa: desigualdades e contextos de apreensão

A chamada "guerra às drogas" no Brasil reflete uma complexa interação de poder e desigualdade, expressa na implementação e execução de políticas relacionadas ao encarceramento. Historicamente, a punição penal transitou de métodos violentos para sistemas de reclusão supervisionada, um movimento simbolizado pela instituição prisional (FOUCAULT, 1987). Embora apresentada como uma opção menos cruel, a prisão carrega um legado punitivo, constituindo uma "detestável solução" que ainda se perpetua.

No contexto teórico, a reclusão vigiada, representada pela instituição prisional, surgiu como uma alternativa aos castigos violentos para "corrigir" indivíduos infratores, conforme discutido por Foucault (1987). Embora seja considerada uma opção menos cruel e arbitrária, a prisão ainda é permeada por lógicas violentas e mantém um caráter punitivo herdado de métodos anteriores, sendo uma solução questionável que ainda não foi substituída.

No Brasil, observa-se um avanço na legislação nas últimas décadas em relação aos direitos das pessoas encarceradas, com foco na humanização da pena e ressocialização dos presos. No entanto, a realidade do sistema prisional brasileiro, conforme evidenciado pela literatura científica, não acompanhou essas mudanças jurídicas. A conjuntura existente é caracterizada por uma situação perversa e distante dos ideais dos Direitos Humanos e dos princípios de um Estado Democrático de Direito. O país enfrenta altas taxas de ocupação nas instituições prisionais, superlotação de presos provisórios, escassez de medidas educacionais e ressocializadoras, precariedade social e estrutural, além do fato de que, em muitas situações, a vida dos detentos é controlada, em suas relações cotidianas, por comandos de associações criminosas (BIONDI, 2010; DIAS, 2013).

A prisão, nesse contexto, tornou-se a própria retribuição (vingança), uma vez que enfrenta uma série de dificuldades para cumprir seu objetivo de reeducar e reintegrar dignamente os indivíduos condenados à sociedade (DAVIS, 2018). Nessa lógica perversa, o crime de tráfico de drogas ganha destaque na compreensão do processo de encarceramento em massa que assola o Brasil nas últimas quatro décadas.

Atualmente, o crime de tráfico de drogas está previsto no artigo 33 da Lei 11.343, de 2006[4]. Esse dispositivo descreve uma série de condutas que caracterizam as atividades relacionadas ao tráfico, inclusive aquelas sem fins econômicos, abrangendo todas as etapas do processo, desde a aquisição/preparação até a distribuição das substâncias ilícitas.

4. A Lei de Drogas de 2006 não aborda apenas os crimes relacionados ao tráfico, ela "Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas" (BRASIL, 2006). Intencionava-se com a sua aprovação inserir no ordenamento jurídico brasileiro não apenas mais um dispositivo penal, mas também um dispositivo médico e assistencial ao usuário, prescrevendo, teórica ou precariamente, políticas públicas voltadas para as pessoas afetadas pelo uso abusivo de drogas.

A legislação é genérica ao definir quais substâncias se enquadram como ilícitas, vinculando-as a uma lista periodicamente atualizada produzida pela Vigilância Sanitária (BRASIL, 2006).

A reformulação da Lei de Drogas em 2006 endureceu as penas para o crime de tráfico de drogas, mas também suavizou a punição para o usuário, eliminando a prisão para posse de drogas para consumo próprio, sem, no entanto, descriminalizar efetivamente o uso de substâncias proibidas (BRASIL, 2006). O que parecia uma medida que poderia reduzir o aprisionamento por crimes relacionados ao uso de drogas revelou-se, na prática, uma nova forma de aumentar a população carcerária, incluindo usuários no crime de tráfico de drogas (CAMPOS; ALVAREZ, 2017; BORGES, 2019).

O combate ao tráfico de drogas, por meio da prisão rotineira de usuários e vendedores de pequenas quantidades nas ruas, tem sido uma das principais variáveis responsáveis pelo alarmante aumento do encarceramento no Brasil. Em julho de 2019, a população carcerária brasileira alcançou a marca de 812.564 pessoas, de acordo com o Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (BARBIÉRI, 2019). Esses números gerais fornecidos pelo CNJ são preocupantes, mas é necessário acrescentar informações do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (DEPEN, 2020) para compreender a relevância do crime de tráfico de drogas nesse contexto. No primeiro semestre de 2020, aproximadamente 28% das quase 760 mil pessoas encarceradas em instituições penitenciárias foram presas em razão do crime de tráfico de drogas. Entre as mulheres encarceradas, esse número chega a 63% (DEPEN, 2016). Além disso, a população carcerária brasileira possui um perfil característico: 55% das pessoas têm entre 18 e 29 anos, 64% são negras e 75% possuem, no máximo, ensino fundamental (DEPEN, 2020).

Estudos realizados por Marcelo Campos (2018), com base em casos de crimes relacionados às drogas em duas delegacias de bairros de São Paulo, revelaram que as chances de um indivíduo ser incriminado por tráfico em relação ao uso aumentaram gradualmente depois da implementação da Lei 11.343, de 2006. Posteriormente à entrada em vigor dessa lei, a incriminação por tráfico de drogas representou 87,5% dos casos analisados, enquanto apenas 12,5% foram classificados como usuários de substâncias ilícitas. A falta de critérios objetivos na diferenciação entre usuário e traficante é apontada como uma explicação recorrente para essa disparidade nas incriminações, tornando a classificação subjetiva. No entanto, o pesquisador propõe outra hipótese, argumentando que essa discrepância reflete a recusa dos operadores do sistema de justiça criminal em incorporar a dimensão médico-sanitária no novo dispositivo das drogas, preferindo a tradicional e conhecida pena de prisão (CAMPOS, 2018).

Em estudos realizados sobre casos de tráfico de drogas em diferentes contextos, como em São Paulo (Instituto Sou da Paz, 2014), Rio de Janeiro (Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2018) e Região Metropolitana de Goiânia (BORGES, 2019), foram constatados perfis semelhantes de pessoas incriminadas por tráfico. Esses perfis destacam-se pelo envolvimento de microtraficantes, que transportam quantidades reduzidas de substâncias ilícitas no momento da apreensão. Por exemplo, no estudo realizado pelo Instituto Sou da Paz (2014) em São Paulo, constatou-se que 80% das pessoas presas por tráfico de drogas se

enquadravam nesse perfil de microtraficantes, portando menos de 100 g de qualquer substância ilícita no momento da apreensão. Além disso, 94% dessas pessoas não estavam armadas e 57% não possuíam antecedentes criminais. Essas evidências sugerem que a maioria dos indivíduos encarcerados por tráfico de drogas se assemelha a usuários que também realizam pequenas transações para sustentar seu consumo pessoal ou atuando como peça-chave no abastecimento de substâncias entre suas redes de amizade (POLICARPO, 2013; BOITEUX; PÁDUA, 2012).

De forma similar, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2018) analisou sentenças de tráfico de drogas proferidas na capital e na região metropolitana do Estado. Os dados revelaram que 91% dos réus eram homens, 77% não possuíam antecedentes criminais, 50% estavam sozinhos no momento da abordagem e 57% foram pegos em flagrante. Entre aqueles que foram apreendidos com cocaína, 47% portavam até 10 gramas, enquanto 50% dos presos com maconha tinham até 100 gramas. Além disso, em 62% dos processos analisados, o policial responsável pela prisão foi a única testemunha presente no tribunal.

Em estudo sobre as decisões sentenciais de processos criminais de tráfico de drogas na Região Metropolitana de Goiânia, verificou-se que 85,4% dos réus eram homens e 83,5% dos casos envolviam apenas uma pessoa. A maioria das prisões (80,3%) foi realizada por policiais militares e apenas 19,4% dos processos resultaram de investigações prévias, com a maior parte sendo decorrente de patrulhamentos de rotina ou denúncias sem investigação prévia. Quanto à quantidade de droga apreendida, 17,9% dos casos envolvendo maconha tinham até 20 gramas. Em geral, 39,5% dos casos continham até 100 gramas e 61,7% até meio quilo. Em relação à cocaína, 43,8% das sentenças envolviam quantidades de até 100 gramas. No caso do *crack*, 36,6% das sentenças referiam-se a quantidades de até 20 gramas (BORGES, 2019). Essas análises confirmam que a política de criminalização e incriminação recai principalmente sobre indivíduos envolvidos no varejo do mercado de drogas, especialmente aqueles que transitam em áreas marginalizadas das cidades.

Esses estudos evidenciam a existência de desigualdades significativas na criminalização do tráfico de drogas, relacionadas ao perfil dos envolvidos, às quantidades apreendidas e aos contextos de abordagem. Tais desigualdades destacam a necessidade de uma reflexão crítica sobre as políticas públicas e as práticas de justiça criminal no enfrentamento ao tráfico de drogas, buscando alternativas que promovam a igualdade e a justiça social.

A superlotação dos presídios, a ausência de condições humanas dignas e a precariedade na gestão dos encarcerados são apenas alguns dos problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro. Esses déficits, segundo estudos nas áreas de segurança pública e prisão, criam um ambiente propício para a articulação e organização dos detentos, resultando na formação de grupos e facções que afetam todo o território nacional (DIAS, 2013; MANSO; DIAS, 2018; AUTOR, 2018).

As investigações sugerem que o endurecimento das políticas punitivas, especialmente mediante a adoção generalizada da guerra às drogas, resulta em um aumento na violência e na marginalização social (MINAYO E DESLANDES, 1998; ANTILLANO, ZUBILLAGA, 2014; FIORE, 2012). O comércio ilícito de drogas, em conjunto com o tráfico de armas, forma um dos maiores mercados criminosos globais. Conforme o Relatório Mundial sobre

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

Drogas do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, este mercado gerou aproximadamente 870 bilhões de dólares em 2015 (UNODC, 2015). A falta de controle sobre este comércio está ligada a vários problemas, como a deterioração social, a corrupção entre servidores públicos, a violência armada para a demarcação de territórios e proteção de interesses, o aumento da criminalidade por razões econômicas por causa do alto lucro financeiro, o agravamento das situações de risco enfrentadas pelos usuários em razão da falta de controle sobre a produção e os níveis de toxidade das substâncias, entre outros. Em resumo, a ilegalidade e a ilicitude que configuram o mercado de diversas substâncias psicoativas tendem a potencializar ou até mesmo gerar novos problemas (BORGES, 2019).

Com isso em vista, o objetivo deste estudo é entender como a limitação de visitas durante o período de maior isolamento social, em decorrência da pandemia de Covid-19, influenciou a entrada de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia. Portanto, a pergunta central que guiou esta pesquisa é se a proibição de visitas, em função da pandemia, impediu a entrada de drogas nas instituições prisionais analisadas ou se novas estratégias e dinâmicas foram desenvolvidas para permitir que essas substâncias continuassem a ser introduzidas no sistema prisional.

3. Dados e métodos

A presente pesquisa, situada no entrelaçamento entre a sociologia, a segurança pública e o sistema prisional, é fruto do esforço coletivo de um time de pesquisadores vinculados a uma universidade pública, evidenciando o caráter interdisciplinar e a relevância social de tal estudo. Entre os membros deste estudo, destaca-se a presença de um profissional atuante na Segurança Pública do Estado de Goiás, cuja inserção nesse contexto foi fundamental para o estabelecimento de uma ponte sólida entre o âmbito acadêmico e o campo prático da segurança pública.

Aproveitando a rara oportunidade de integração entre a academia e as instituições públicas, fomos capazes de acessar integralmente os Registros de Atendimento Integrado (RAI), um valioso recurso para o estudo de cenários e práticas relacionadas à segurança pública. Paralelamente, o acesso aos laudos do Sistema de Informações de Criminalística (ODIN), administrado pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC), proporcionou uma visão detalhada e técnica acerca da criminalidade, auxiliando no desenvolvimento de uma compreensão mais precisa e embasada sobre o sistema prisional do Estado.

O processo de coleta de dados foi realizado por meio de um questionário cuidadosamente elaborado e revisado, que visava maximizar a precisão e a relevância dos dados coletados para o estudo. Nossa amostra de dados abrangeu o período de janeiro a dezembro de 2020, focando no Distrito Agroindustrial de Aparecida de Goiânia (DAIAG), que abriga o complexo prisional de maior densidade do Estado de Goiás.

Para a análise dos dados, recorremos ao *software Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS), permitindo-nos uma exploração minuciosa e robusta dos registros, uma vez que este *software* é amplamente utilizado na pesquisa social graças às suas capacidades de manipulação e análise de grandes volumes de dados.

Em nosso estudo, foram considerados um total de 231 Registros de Atividade de Inteligência (RAIs) associados à ocorrência de tráfico de drogas, bem como 16 registros relacionados à posse de drogas. Esta classificação dos crimes foi baseada na tipificação penal e no acréscimo da penalidade conforme determinado pelo art. 40 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e regulamentou as ações de prevenção, tratamento, reinserção social e repressão à produção e ao tráfico de drogas.

Ao nos valermos do Sistema de Informações de Criminalística (ODIN), obtivemos 222 laudos ou RAIs para a análise dos dados, depois de um criterioso processo de depuração que eliminou ocorrências duplicadas, registros incompletos e aqueles que não apresentavam laudos de constatação de drogas. Este procedimento de filtragem e verificação é um passo crítico no tratamento dos dados, assegurando a validade e a confiabilidade das informações a serem analisadas.

Entre esses 222 laudos ou RAIs, um total de 206 estava associado ao crime de tráfico de drogas, enquanto os 16 restantes estavam vinculados à posse para uso de substâncias ilícitas. Isso nos permite fazer uma distinção clara entre os crimes relacionados à distribuição comercial ou não de drogas (tráfico) e os associados à posse pessoal para uso recreativo ou compulsivo. Esta distinção é relevante, pois permite um olhar mais acurado sobre a natureza dos crimes relacionados a drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, revelando tanto a extensão do problema do tráfico de drogas como a prevalência do uso de drogas entre a população carcerária.

As informações extraídas dos registros e laudos compreenderam a quantidade e o gênero dos acusados, a instituição penal em que aconteceu a ocorrência, a natureza e quantidade da substância apreendida e o local em que estava armazenada ou sendo transportada. A categorização das substâncias psicoativas incluiu maconha, cocaína, comprimidos, selos e líquidos. A massa bruta, incluindo embalagem, foi registrada para todas as substâncias apreendidas.

É importante notar que, em virtude da localização geográfica do estudo focada no DAIAG, os resultados obtidos são contextuais e podem não ser aplicáveis a outras regiões. Além disso, a compreensão completa da dinâmica de entrada de drogas no sistema prisional pode ter sido limitada pela dependência de registros oficiais e laudos periciais.

Este estudo serve como um exemplo do potencial de colaboração entre a academia e as instituições de segurança pública na produção de conhecimento preciso e útil, com possíveis implicações para o aprimoramento das políticas públicas de segurança e a humanização do sistema prisional.

4. Inserção e apreensão de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia durante a pandemia de Covid-19

Esta seção do artigo aborda um fenômeno intrigante e complexo que ocorreu durante a pandemia de Covid-19 no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia. Apesar das

restrições de visitas impostas como medida de controle da disseminação do vírus, observou-se que a entrada de drogas no sistema prisional não apenas continuou, mas também se adaptou a novas dinâmicas. Este fenômeno desafia a suposição comum de que as visitas são a principal via de introdução de substâncias ilícitas nas prisões.

A persistência da entrada de drogas durante um período de isolamento intensificado levanta questões importantes sobre as políticas proibicionistas e as estratégias de controle e prevenção. Este estudo busca entender essas mudanças na dinâmica de entrada de drogas, avaliar os efeitos da suspensão das visitas e investigar se novas táticas foram criadas para driblar essas limitações.

Ao longo desta seção, discutiremos os dados coletados, analisaremos os resultados e exploraremos as implicações dessas descobertas para a política de drogas e o sistema prisional. O objetivo é aprofundar nosso entendimento deste fenômeno, destacar suas implicações e lacunas de conhecimento e sugerir direcionamentos para futuras pesquisas e políticas públicas.

No âmbito deste trabalho, apresentamos como núcleo problemático o notável número de incidentes relacionados ao tráfico de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia ao longo do ano de 2020. Ao analisarmos os dados, identificou-se um total de 206 casos correlatos. Entretanto, o que chama a atenção e requer uma problematização mais aprofundada é o fato de que, desse total, 132 casos, ou seja, 64,1%, permaneciam com a autoria indefinida.

É intrigante que um percentual tão expressivo de casos permaneça sem identificação de autoria, o que acende uma luz de alerta para questões estruturais e de gestão no sistema prisional. Esse quadro convida-nos a questionar se essa indefinição se deve à insuficiência investigativa ou a algum grau de permissividade tácita da administração prisional, seja por negligência, por incapacidade ou, nos piores cenários, por corrupção.

Esta alta incidência de autoria desconhecida pode ser interpretada como um indicativo de falhas sistêmicas na segurança e controle prisional, sugerindo que a entrada de drogas não é apenas uma ocorrência isolada, mas um problema endêmico que requer uma abordagem holística. O fato de que tais ocorrências não podem ser atribuídas lança dúvidas sobre a eficácia das medidas de segurança atuais, bem como sobre a transparência e a integridade do sistema prisional.

Nesta perspectiva, a natureza oculta ou desconhecida dos autores de tais incidentes é um fenômeno que não pode ser negligenciado, pois revela a possibilidade de estruturas permissivas ou até mesmo facilitadoras para a entrada de drogas no sistema prisional. Este quadro, portanto, não só reitera a necessidade de mais investigações e reformas na segurança e gestão prisional, mas também aponta para a urgência de se entender os mecanismos subterrâneos que sustentam essa realidade.

Nesse sentido, o estudo realizado por Rafael Godói (2015) acerca dos fluxos humanos e materiais em prisões de São Paulo fornece uma perspectiva valiosa para entender e problematizar esse fenômeno. Godoi explora a ideia de que a entrada de objetos ilícitos, como drogas, pode ser facilitada ou dificultada dependendo das negociações e transações monetárias que ocorrem nos pontos de controle. Ele argumenta que a entrada ou saída de objetos

pode ser considerada uma mercadoria política[5] por excelência no contexto prisional. Esta perspectiva nos permite ver a falta de autoria nas apreensões de drogas como um reflexo das complexas dinâmicas de poder que operam dentro do sistema prisional.

A administração prisional pode estar ciente de quem são os 'traficantes', mas pode não ser capaz de nomeá-los por causa de uma série de fatores. Estes podem incluir a possibilidade de represálias, a complexidade das redes de relações dentro da prisão e a necessidade de manter uma certa ordem e controle dentro do sistema prisional. Além disso, a falta de autoria nas apreensões de drogas pode ser um reflexo da maneira como o sistema prisional é governado. Como Godoi argumenta, governar a prisão é gerir os fluxos de pessoas e coisas que a atravessam. A administração prisional pode estar mais focada em gerir esses fluxos e manter a ordem dentro da prisão do que em identificar e punir os responsáveis pelas drogas (GODOI, 2015).

Rafael Godoi também sugere que a prisão não é apenas um espaço de contenção, mas também um espaço de fluxos e transações. O sistema prisional é mantido em funcionamento por uma variedade de agentes, tanto dentro quanto fora das muralhas, que não estão necessariamente tentando subverter a prisão, mas fazê-la funcionar. Isso inclui o sistema de abastecimento, que pode envolver uma variedade de itens, desde materiais de higiene pessoal até drogas ilícitas (GODOI, 2015). Portanto, a falta de autoria nas apreensões de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia pode ser vista também a partir dessa perspectiva, isto é, como um reflexo de um sistema de abastecimento e como resultado da complexidade desses fluxos e das várias negociações e transações que ocorrem no sistema prisional.

O Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, situado no Estado de Goiás, é um conjunto de instituições que desempenham diferentes papéis dentro do sistema carcerário. A complexidade da composição deste conglomerado prisional reflete o espectro diversificado da população carcerária e a pluralidade de contextos jurídicos e penitenciários.

A Penitenciária Odenir Guimarães, que abriga 2.433 presos, é uma unidade de segurança máxima, destinada àqueles que cumprem penas em regime fechado. A Casa de Prisão Provisória, com uma população de 2.595 detentos até o momento da coleta dos dados, é uma unidade destinada a abrigar indivíduos que estão aguardando julgamento ou que ainda não tiveram a sua pena definitiva decretada. A Colônia Agroindustrial, com 151 pessoas presas, é uma unidade que possibilita a reintegração gradual do indivíduo à sociedade, permitindo que os detentos trabalhem fora da unidade durante o dia, retornando à noite. A Penitenciária Feminina Consuelo Nasser, com uma população de 81 mulheres encarceradas,

5. O conceito de "mercadoria política" foi introduzido por Michel Misse, sociólogo brasileiro conhecido por seus trabalhos na área de sociologia do crime. Por mercadoria política, o autor sustenta ser um instrumento utilizado no cenário político para adquirir poder, negociar interesses e promover agendas pessoais ou de grupo. No contexto de Misse, a "mercadoria política" é frequentemente associada à violência e ao crime, sendo interpretada como uma forma de capital que pode ser trocada ou negociada para alcançar certos objetivos políticos. O crime, neste cenário, pode ser utilizado como uma "moeda" política, tanto literal quanto metaforicamente. Literalmente, a corrupção e o crime organizado podem financiar campanhas políticas ou comprar favores. Metaforicamente, o medo do crime e a promessa de soluções para a criminalidade podem ser "vendidos" como parte de uma campanha política, para ganhar votos ou para desviar a atenção de outros problemas (MISSE, 2010).

é uma unidade específica para o público feminino, levando em consideração as peculiaridades do gênero no contexto do sistema carcerário. Finalmente, a Unidade Prisional Especial Núcleo de Custódia, com 56 pessoas presas, é um centro de detenção especializado no tratamento de casos que requerem atenção específica, como presos provisórios de alta periculosidade, presos por mandado de prisão preventiva, entre outros (DEPEN, 2020).

Em relação ao tráfico de drogas no complexo prisional, é importante ressaltar que a dinâmica de entrada dessas substâncias está fortemente relacionada à densidade populacional das unidades. Dito de outra forma, onde há uma maior concentração de detentos, como na Penitenciária Coronel Odenir Guimarães, há um maior fluxo de pessoas, como visitantes e funcionários, o que potencializa as oportunidades para a entrada de drogas.

Com relação aos casos de tráfico de drogas cuja autoria foi atribuída, 41 deles (19,9% do total) apontaram indivíduos de gênero masculino como responsáveis, enquanto 33 (16,0% do total) indicavam indivíduos de gênero feminino. É relevante mencionar que, dos episódios relacionados ao gênero masculino, houve mais de um autor em dez ocorrências, culminando em 53 indivíduos do sexo masculino autuados por tráfico de drogas.

No que tange ao delito de posse de drogas, 16 ocorrências foram registradas durante o mesmo período. Entre estas, a maioria (75%) envolvia indivíduos do sexo masculino, ao passo que mulheres eram as autoras em apenas três ocorrências (18,75%). Adicionalmente, uma ocorrência (6,25%) não possuía autoria definida. Todos os autores identificados nesse tipo de delito eram indivíduos já reclusos.

Ao analisarmos os locais de ocorrência para as tipificações penais mencionadas (tráfico e posse de drogas), a Penitenciária Odenir Guimarães se destaca com a maior incidência, correspondendo a 59,7% dos casos de tráfico (Tabela 1) e a 62,5% das ocorrências de posse de drogas (Tabela 2). No que diz respeito ao tráfico de drogas, a Casa de Prisão Provisória desponta como o segundo estabelecimento com maior quantidade de apreensões, perfazendo 38,8% dos casos. Em relação à posse para uso, a Colônia Industrial Agrícola (18,7% dos casos) e a Casa de Prisão Provisória (12,5% dos casos) figuram como as instituições subsequentes com maior número de apreensões nesta classificação penal.

Tabela 1 – Estabelecimento penal envolvido nas ocorrências de tráfico (art. 33)

Estabelecimento Penal	Quantidade de ocorrências em n.	Quantidade de ocorrências em %
Penitenciária Odenir Guimarães	123	59,7%
Casa de Prisão Provisória	80	38,8%
Penitenciária Fem. Consuelo Nasser	2	0,9%
Colônia Industrial e Agrícola	1	0,6%
Núcleo de Custódia	0	0,0%
Total	206	100%

Fonte: produzida pelos autores.

Tabela 2 – Estabelecimento penal envolvido nas ocorrências de posse (art. 28)

Estabelecimento Penal	Quantidade de ocorrências em n.	Quantidade de ocorrências em %
Penitenciária Odenir Guimarães	10	62,5%
Colônia Agroindustrial	3	18,7%
Casa de Prisão Provisória	2	12,5%
Penitenciária Fem. Consuelo Nasser	1	6,3%
Núcleo de Custódia	0	0,0%
Total	16	100%

Fonte: produzida pelos autores.

Em relação à quantidade de substâncias ilícitas apreendidas para o crime de tráfico (conforme Quadro 1), as quantidades totais computadas foram: maconha (63.083,02 g), cocaína (19.190,94 g), comprimidos (636 unidades) e selos (2.398 unidades). Para maconha, a quantidade mínima apreendida foi de dois gramas, a máxima foi de 5.193,30 gramas, com média de 339,15 gramas e mediana de 137,87 gramas. Para a cocaína, a quantidade mínima apreendida foi de 0,503 gramas, a máxima de 2.105 gramas, com média de 159,87 gramas e mediana de 173 gramas. Os comprimidos tiveram um mínimo de dez unidades apreendidas, um máximo de 259 unidades, com média de 127 unidades e mediana de 110 unidades. E, por último, os selos tiveram um mínimo de quatro unidades apreendidas, um máximo de 500 unidades, com média de 159 unidades e mediana de 173 unidades.

Quadro 1 – Quantidade de droga nas ocorrências de tráfico (art. 33)

Maconha (g)	Cocaína (g)	Comprimido (un)	Selo (un)	Líquido (ml)
63.083,02	19.190,94	636	2.398	0

Fonte: produzido pelos autores.

Com relação aos casos de posse de drogas (Quadro 2), as quantidades de drogas interceptadas foram as seguintes: maconha (971,43 g), cocaína (225,35 g) e selos (350 unidades). Não houve apreensão de comprimidos e líquidos. Para maconha, a quantidade mínima apreendida foi de 0,16 gramas, a máxima de 340 gramas, com média de 60,71 gramas e mediana de 26,58 gramas. Para a cocaína, a quantidade mínima apreendida foi de 20,32 gramas, a máxima de 108,09 gramas, com média de 63,08 gramas e mediana de 61,97 gramas. Os selos aprendidos que foram tipificados como crime de uso decorreu de apenas uma única apreensão, contabilizando 350 selos ao todo[6].

6. É intrigante observar que a detenção de 350 selos foi legalmente caracterizada como uso, enquanto situações com quantidades menores de selos apreendidos, a exemplo de um incidente envolvendo

Quadro 2 – Quantidade de droga nas ocorrências de posse (art. 28)

Maconha (g)	Cocaína (g)	Comprimido (un)	Selo (un)	Líquido (ml)
971,43	252,355	0	350	0

Fonte: produzido pelos autores.

Para além desses dados, registrou-se a apreensão de uma substância líquida com um visitante. No entanto, não se tratava de droga conforme a Lei 11.343 de 2006, mas sim de álcool, uma substância legalizada, ainda que proibida dentro de estabelecimentos prisionais. Pelo fato de se tratar de uma única apreensão contendo diversos tipos de substâncias proibidas, apenas as substâncias criminalizadas foram consideradas neste estudo. Assim, aproximadamente um litro de álcool não foi contabilizado por não configurar crime contra a saúde pública.

Comprimidos e selos podem conter variados tipos de substâncias proscritas. Contudo, é mais comum que comprimidos contenham MDMA[7], conhecido popularmente como *ecstasy* ou bala, e os selos portem a dietilamida do ácido lisérgico, o conhecido LSD[8].

apenas quatro selos, foram categorizados como tráfico. Tal distinção se baseia tanto nos elementos probatórios empregados para determinar a tipificação penal adequada quanto na natureza subjetiva e discricionária inerente aos crimes associados a drogas. Esse fenômeno está intrinsecamente ligado ao papel significativo desempenhado pela subjetividade dos operadores do sistema de justiça criminal no processo de classificação penal relacionada ao tráfico de drogas. A ausência de critérios objetivos para discernir usuários de traficantes implica que a legislação de drogas é aplicada mediante uma ótica valorativa e subjetiva, que é característica dos operadores do sistema de justiça criminal. Essa realidade indica que a legislação de drogas vigente, ao permitir um amplo espaço para o exercício da discricionariedade, delega aos profissionais do sistema de justiça criminal – com destaque para policiais e juízes – a autoridade para decidir qual tipificação penal se aplica. Portanto, as interpretações desses profissionais são cruciais na determinação da natureza do crime, tornando-se fator preponderante na administração da justiça no âmbito dos crimes de drogas (BORGES, 2019).

7. 3,4-Metilenodioxymeth amphetamine – também conhecido como *ecstasy*, E, XTC, *emma*, *molly*, *mandy* e MDMA – é uma substância empatógenos e entactogénos tradicionalmente da classe anfetamina, produzindo efeitos de empatia, conexão emocional, harmonia e compreensão. É o membro mais conhecido e amplamente utilizado dos empatógenos e entactógenos, um grupo diversificado que inclui MDA, metilona, mefedrone e 6-APB. Produz seus efeitos promovendo a liberação de serotonina, dopamina e norepinefrina no cérebro. O MDMA foi desenvolvido pela primeira vez em 1912 pela empresa farmacêutica Merck. No entanto, o uso humano não foi relatado até a década de 1970, quando ficou conhecido pelos círculos de psicoterapia subterrânea nos Estados Unidos. No início da década de 1980, espalhou-se para a vida noturna e a cultura *rave*. Em 2014, estima-se que seja uma das drogas recreativas mais populares do mundo, ao lado da cocaína e da maconha. Hoje, o uso recreativo de MDMA está amplamente associado a festas de dança, à música eletrônica e às cenas de boates. Os pesquisadores, inclusive brasileiros, estão investigando se o MDMA pode ajudar no transtorno de estresse pós-traumático resistente ao tratamento (TEPT), ansiedade social em adultos com transtorno do espectro autista e ansiedade em pessoas com doenças com risco de vida. Os efeitos subjetivos incluem estimulação, supressão de ansiedade, desinibição, maior empatia e sociabilidade, relaxamento e euforia (PSYCHONAUTWIKI, 2022d).
8. Dietilamida de ácido lisérgico (também conhecida como Lisergida, LSD-25, L, Lucy e Ácido) é uma substância psicodélica tradicionalmente da classe lisergamida. É talvez a substância psicodélica

Não havia laudo de identificação para os selos apreendidos na única ocorrência de posse que envolveu esse tipo de substância, e o laudo preliminar de constatação não detectou LSD. Em ocorrências de tráfico, não havia laudo de exame definitivo para 167 comprimidos e 965 selos. Isso decorre da portaria que determina que, em infrações penais sem autoria, o exame definitivo só será realizado mediante requisição judicial (GOIÁS, 2019).

Nos episódios em que houve laudo de identificação das substâncias ligadas ao tráfico de drogas, 469 comprimidos apresentaram a presença de MDMA e 176 de Sildenafila[9]. Além disso, 23 comprimidos testaram positivo para MDMA em laudos preliminares, embora não houvesse laudos definitivos sobre suas propriedades químicas. No tocante aos selos apreendidos por tráfico e com laudos de identificação, 416 apresentaram resultado definitivo para 25E-NBOH[10], 493 continham 2C-E[11] e 348 portavam MDMB-4EN-PINACA[12].

---

mais pesquisada e culturalmente influente, tal como o lisergamida prototypal. O mecanismo de ação não é totalmente conhecido, embora a atividade de ligação de serotonina esteja envolvida. Os efeitos psicoativos do LSD foram descobertos pela primeira vez em 1943 por Albert Hofmann nos Laboratórios Sandoz, na Suíça. Na década de 1950, foi amplamente distribuída por Sandoz como uma droga experimental para psicoterapia e pesquisa científica; durante esta época, provocou considerável interesse do estabelecimento intelectual e foi até objeto de uma investigação clandestina da Agência Central de Inteligência dos EUA (CIA) para possíveis aplicações no "controle da mente". O uso recreativo de LSD tornou-se um aspecto central e altamente visível do movimento de contracultura juvenil dos anos 1960, eventualmente abrindo caminho para a proibição internacional em 1971. Hoje, o uso recreativo ilícito permanece generalizado e está associado à cultura popular com a contracultura e cenas *rave*. Depois de décadas de supressão institucional, pesquisas científicas envolvendo LSD passaram recentemente por um grande reavivamento. Como parte do chamado "renascimento psicodélico", está sendo investigado no tratamento de uma série de condições, incluindo alcoolismo, dependência de substâncias, dor de cabeça de cluster, autismo e ansiedade associada à doença terminal (PSYCHONAUTWIKI, 2022c).

9. Substância utilizada para disfunção erétil, popularmente conhecido pelo seu nome comercial "Viagra".
10. 25E-NBOH é uma substância psicodélica sintética da classe química da fenetilamina e é relatado para compartilhar a maioria de suas propriedades com exceção de uma potência moderadamente reduzida e uma duração mais curta com 25E-NBOMe. A fenetilamina produz uma matriz de efeitos psicodélicos visualmente dominantes e estimulantes quando administrados. Semelhante a outros psicodélicos conhecidos, os compostos da família NBOH não são ativos oralmente e devem ser administrados de forma sublingual, colocando-o e segurando-o na boca e permitindo que ele seja absorvido durante um período de 15 a 25 minutos. Os efeitos subjetivos incluem mudanças na percepção visual, distorção do tempo, introspecção aprimorada, perda de ego, estimulação e euforia (PSYCHONAUTWIKI, 2022a).
11. O 2C-E é uma substância psicodélica menos conhecida da classe fenetilamina. É um membro da família 2C-x de fenetilaminas psicodélicas, que estão intimamente relacionadas com a mescalina psicodélica clássica. Como outros psicodélicos, acredita-se que produz seus efeitos ligando-se aos receptores de serotonina no cérebro, embora o mecanismo preciso seja malcompreendido. Os efeitos subjetivos incluem mudanças na percepção visual, distorção do tempo, introspecção aprimorada, perda de ego, estimulação e euforia (PSYCHONAUTWIKI, 2022b).
12. MDMB-4en-PINACA é um canabinoide sintético à base de indazole. Ele faz parte de uma classe de compostos que se ligam a receptores canabinoides para produzir efeitos subjetivos semelhantes à *cannabis*. A maioria dos canabinoides sintéticos são análogos de Δ9-tetrahidrocanabinol (THC), o principal composto ativo da *cannabis*, enquanto canabinoides não psicoativos como o CBD são

As categorias de drogas encontradas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia estão alinhadas à tendência global de mercado e consumo. A maconha é a substância ilícita mais apreendida globalmente, seguida pela cocaína e substâncias opioides. Além de ser a droga mais consumida, a maconha é também a substância ilícita mais produzida, tanto globalmente quanto no Brasil, com 44 hectares de cultivo erradicados no país entre os anos de 2011 e 2016 (UNODC, 2018b).

Selos e comprimidos representam as drogas sintéticas mais consumidas, especialmente entre a população jovem. Essas drogas sintéticas são frequentemente usadas como substâncias recreativas ou sociais, pois são mais comumente encontradas em festas e interações sociais juvenis[13]. Os selos geralmente contêm LSD e os comprimidos contêm MDMA (GUERREIRO *et al*., 2011). No entanto, com o desenvolvimento da sociedade de consumo e das múltiplas formações de identidade na contemporaneidade, há um aumento na introdução de novas substâncias psicoativas (NSP) na vida social, em diversos formatos, especialmente em selos, comprimidos, pílulas e líquidos.

No estudo realizado no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, descobriu-se que, entre os comprimidos apreendidos, havia substâncias farmacêuticas de uso não controlado, como o sildenafil, e não apenas comprimidos contendo substâncias ilícitas. Em uma pesquisa realizada com 150 apreensões de comprimidos em São Paulo, o MDMA foi identificado em menos da metade das amostras analisadas, e 22% das amostras apresentaram a presença de metanfetamina[14] (TOGNI *et al*., 2015). Além disso, existem estudos que

bem menos estudados. Como o THC, a maioria dos canabinoides sintéticos se ligam aos mesmos receptores canabinoides no cérebro e são frequentemente vendidos como alternativas legais (PSYCHONAUTWIKI, 2022e).

13. O consumo de substâncias psicodélicas, em especial o LSD e os cogumelos mágicos, e de outras drogas, sobretudo a maconha, teve grande importância no desenvolvimento da contracultura, que tinha nessas práticas de consumo uma forma de contestar, resistir e reivindicar outras possibilidades de existência. Nesse sentido, as drogas, principalmente as psicodélicas, cumprem, junto com a liberdade sexual e corporal, um importante papel político, pois elas seriam capazes de potencializar a transformação da natureza humana, de expandir a consciência dos indivíduos sobre si e o mundo e, além disso, o uso dessas substâncias era compreendido como um exercício de liberdade. O movimento psicodélico, como uma das manifestações da contracultura, desempenhou, e continua a desempenhar até os dias atuais, um importante papel que vincula o consumo de substâncias psicodélicas com as artes de modo em geral, com destaque para a música, as artes visuais, a literatura, o teatro e o cinema. Além disso, historicamente as substâncias psicodélicas têm sido empregadas em processos terapêuticos. Na última década, com os avanços da neurociência, temos vivenciado um dos momentos mais promissores das terapias psicodélicas, sobretudo com o uso de MDMA, LSD, Cogumelos Mágicos, DMT e Ketamina (BORGES, 2019).

14. N-Metilamphetamina – também conhecida como Metanfetamina, Ma, Metanfetamina, Vidro, Gelo, Fragmento, Manivela, Tina, T, *Tweak*, *Yaba* e *Crystal* – é uma substância estimulante clássica da classe anfetamina. Está estruturalmente relacionada à anfetamina, no entanto, atravessa a barreira hemoencefálica mais rapidamente, graças à sua solubilidade lipídica relativamente alta. Produz seus efeitos aumentando os níveis dos neurotransmissores serotonina, dopamina e norepinefrina no cérebro. A metanfetamina foi sintetizada pela primeira vez a partir da efedrina em 1893 pelo químico japonês Nagayoshi Nagai. Juntamente com a heroína e a cocaína, tem uma reputação notória como uma perigosa e altamente viciante "droga de rua". Os efeitos subjetivos incluem

demonstram o uso de NSPs por pessoas encarceradas em sistemas prisionais de outros países (NEWCOMBE, 2016; RALPHS *et al*., 2017). Portanto, é possível que os comprimidos e os selos apreendidos nas instituições estudadas, que não possuem laudo de exame definitivo, contenham outras substâncias além de *ecstasy* e LSD.

As limitações burocráticas e legais impostas para a verificação dos componentes químicos, no entanto, impedem uma melhor avaliação do quadro de apreensões de substâncias realizadas dentro do sistema prisional estudado. Essa dificuldade operacional é lamentável, pois a identificação precisa do que é apreendido no ambiente prisional permitiria uma maior compreensão da diversidade e dos níveis de toxicidade das substâncias em circulação em diferentes territórios urbanos e grupos sociais.

Como consequência desse processo, a falta de conhecimento sobre as Novas Drogas Psicoativas (NSPs) e a incapacidade de analisá-las aumentam os riscos para os usuários, uma vez que são quase inexistentes avaliações científicas sobre os efeitos e danos que elas produzem no corpo humano. Isso pode se tornar um grave problema de saúde pública (UNODC, 2017).

Comumente, as substâncias contidas em selos são o LSD, um alucinógeno capaz de modificar as percepções sensoriais e estados de consciência. Contudo, observa-se um incremento na utilização de NSP na América do Sul, que assume o lugar do LSD, principalmente em virtude de seu menor custo de mercado. Substâncias sintéticas que exibem efeitos similares ao LSD, identificadas como NBOMe, foram detectadas em selos, apresentando um potencial ofensivo considerável em razão de sua elevada toxicidade (UNODC, 2017). A análise dos selos neste estudo também revelou a presença de substâncias psicotrópicas sintéticas, com 72,32% dos selos apreendidos (909 unidades), cujos laudos de identificação foram definitivamente confirmados, demonstrando em sua composição a presença de 25E-NBOH ou 2C-E.

Há registros de utilização de canabinoides sintéticos em estabelecimentos prisionais no Reino Unido, dada sua dificuldade de detecção e facilidade de transporte, pois a sua forma líquida permite a transferência simples para dentro dos presídios por meio de selos e papéis. Dentro da prisão, o indivíduo pode consumir os canabinoides ao mastigar o papel, ou sublingualmente, ou até mesmo pelo fumo. A ingestão de canabinoides sintéticos tem sido correlacionada a episódios de alta toxicidade, bem como detectada em incidentes de violência e automutilação entre indivíduos encarcerados (NEWCOMBE, 2016). Em nossa pesquisa, 27,68% dos selos (348 unidades) que tiveram seus laudos de identificação de substâncias definitivamente confirmados apontaram a presença de canabinoides sintéticos (MDMB-4EN-PINACA), o que indica a circulação dessas substâncias no sistema penal brasileiro. Por conseguinte, o perfil das drogas encontradas dentro do Complexo Prisional em questão sugere que os usuários encarcerados têm uma tendência a consumir substâncias que agem como estimulantes e disruptores do Sistema Nervoso Central (SNC). Por outro lado, as substâncias que deprimem as atividades do SNC (inalantes, ansiolíticos,

aumento da motivação, aumento de resistência, supressão do apetite, aumento da libido e euforia (PSYCHONAUTWIKI, 2022f).

opiáceos, entre outros) parecem não ter uma expressividade significativa dentro do contexto das apreensões. Portanto, com base neste conjunto de dados estatísticos, pode-se inferir que o objetivo perseguido por indivíduos encarcerados que consomem tais substâncias é a tentativa de "escapar" ou "viajar" para fora da realidade do cárcere. Esse escape é buscado por meio de drogas que alteram a percepção da realidade e o estado de consciência, ou por aquelas que produzem uma sensação estimulante de euforia, ao invés da letargia causada pelas substâncias depressoras.

Situando-se no contexto do rigoroso isolamento social imposto pela pandemia de Covid-19 e de acordo com os dados apresentados na Tabela 3, que descreve as ocorrências de tráfico de drogas (segundo o art. 33) no contexto prisional, é possível identificar uma diversidade de métodos utilizados para introduzir substâncias ilícitas no ambiente carcerário. Isso indica, à primeira vista, a persistência e a adaptabilidade dos indivíduos envolvidos no tráfico, bem como a incapacidade do sistema penal em prevenir efetivamente a entrada de drogas ou, ainda, de uma certa permissividade por parte da gestão prisional, conforme constatado por Godoi (2015) ao analisar os fluxos e o sistema de abastecimento no funcionamento de prisões.

A maior parte das ocorrências de tráfico de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, aproximadamente 52,9%, ocorreu mediante o arremesso, com expressiva utilização de objetos metálicos, sobretudo porcas de parafusos. Tal método sugere um esquema de tráfico que se aproveita das limitações de segurança dos estabelecimentos prisionais, aproveitando-se de falhas na vigilância das áreas externas. A segunda maior porcentagem, 17,9%, refere-se a drogas encontradas dentro do estabelecimento penal, o que pode implicar em estruturas internas de tráfico, facilitadas possivelmente pela corrupção de funcionários ou pela leniência no controle dos espaços do presídio.

Os dados apresentam ainda uma gama variada de formas menos frequentes, porém, igualmente importantes de introdução de drogas no sistema prisional, incluindo a entrega por meio de alimentos (10,2%), posse por indivíduos encarcerados (6,8%) e visitantes com drogas escondidas na vagina (3,9%). Estas formas revelam, em alguns casos, a exploração de vulnerabilidades humanas, tanto dos presos quanto dos visitantes, para o cumprimento de demandas do tráfico.

Tabela 3 – Situação em que a droga foi encontrada nas ocorrências de tráfico (art. 33)

Situação	Quantidade de ocorrências em n.	Quantidade de ocorrências em %
Arremesso	109	52,9%
Dentro do estabelecimento penal	37	17,9%
Entrega de alimentos (cobal)	21	10,2%
Em posse de indivíduos encarcerados	14	6,8%

Situação	Quantidade de ocorrências em n.	Quantidade de ocorrências em %
Visitantes com droga na vagina	8	3,9%
Uso de drone	5	2,4%
Entrega de medicamentos	5	2,4%
Uso de pipa	2	1,0%
Em posse de funcionários	2	1,0%
Imediações do presídio	2	1,0%
Visitantes com droga em alimentos	1	0,5%
Total	206	100%

Fonte: produzida pelos autores.

As ações de intervenção governamental instituídas com o intuito de conter a disseminação da Covid-19 e amenizar os impactos dessa pandemia influenciaram expressivamente o mercado ilícito de drogas, englobando todas as suas etapas, desde a produção e circulação até a chegada ao consumidor final. A alteração mais significativa ocorreu na distribuição de drogas em nível varejista, que registrou uma queda no consumo de substâncias ilícitas para fins recreativos e um aumento no tráfico realizado por meio de correspondências. Isso pode ser atribuído, principalmente, ao fato de que os mercados ilegais frequentemente utilizam o comércio legal como uma maneira de encobrir suas atividades, além de necessitarem de intermediários para fazer chegar esses produtos aos consumidores finais (UNODC, 2020).

A disseminação global da Covid-19 e a consequente adoção de medidas de distanciamento social levaram o Estado de Goiás a suspender as visitas em suas unidades prisionais do dia 13 de março a 3 de novembro de 2020 (APARECIDA DE GOIÂNIA, 2020; GOIÁS, 2020a). Durante esse período de isolamento, não foram registrados incidentes de entrada de drogas por meio de visitantes. Em outubro, as ocorrências de entrada de drogas associadas à entrega de alimentos foram registradas, mas não por familiares, como ocorreu em janeiro e fevereiro.

Nesse contexto, entre março e setembro, a maioria das ocorrências de entrada de drogas ocorreu de maneira não identificada, sendo o arremesso o principal meio de ingresso de drogas no sistema prisional. Tal fenômeno pode ser atribuído à política de isolamento social adotada pelo governo do Estado de Goiás, que suspendeu completamente as visitas aos detentos do Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia.

O quadro pandêmico e os dados evidenciados por este estudo indicam que a intensificação do isolamento social dos prisioneiros não conseguiu reprimir as atividades de tráfico de drogas nas instituições analisadas. Em resposta a essas novas barreiras legais, emergiu uma nova dinâmica de entrada de substâncias ilícitas, com o objetivo de manter o abastecimento dos indivíduos encarcerados.

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

Antes da pandemia, é importante ressaltar que a entrada de drogas nos presídios ocorria por diversas formas, incluindo por intermédio de visitas (CAMPOS, 2020). No entanto, é preciso ter cautela ao atribuir tal prática exclusivamente a visitantes, principalmente mulheres e familiares de detentos. É fato que ocorreram casos em que drogas foram introduzidas por visitantes, mas é fundamental evitar estigmatizações e compreender que grande parte das ocorrências não possuía autoria identificada. Assim, a possibilidade de a visitação ser o principal canal de entrada de drogas no sistema prisional carece de dados mais sólidos para ser afirmada categoricamente.

A pandemia e as medidas restritivas de isolamento resultaram na penetração de substâncias ilícitas por outros meios, principalmente por estratégias aéreas, como arremessos humanos e o uso de drones e pipas. Em meio à mudança desse cenário, surgiu um novo perfil de pessoas recrutadas para essa atividade ilegal: jovens do sexo masculino com capacidade física para arremessar substâncias ilícitas para dentro do sistema prisional (CAMPOS, 2020). Portanto, o que se observa é uma reestruturação das formas de introdução de drogas no sistema prisional diante de medidas mais restritivas, como o distanciamento social e a consequente suspensão das visitas durante a pandemia de Covid-19. Afinal, o consumo de substâncias ilícitas, como um fenômeno social complexo, remonta aos primórdios da humanidade e persiste, mesmo entre aqueles em situação de privação ou restrição de liberdade e sob constante vigilância estatal. Desse modo, os dados aqui apresentados refletem a persistência deste comportamento, mesmo em face das ações de intervenção governamental.

5. Considerações finais

Neste estudo, empreendemos uma análise detalhada da persistência do tráfico de drogas no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia. Isso ocorre apesar da adoção de políticas proibicionistas e da implementação de medidas de controle rigorosas durante a pandemia de Covid-19, que, teoricamente, deveriam coibir tal atividade. A análise dos dados coletados, no entanto, revela uma realidade que é ao mesmo tempo preocupante e desafiadora: a entrada de drogas no sistema prisional não apenas persiste, mas também ocorre em grande parte sem que a autoria seja definida, sugerindo falhas estruturais significativas e problemas de gestão.

A abordagem proibicionista, que tem sido a estratégia principal adotada pelo Estado brasileiro, baseia-se na premissa de que a imposição de penalidades rigorosas seria suficiente para desencorajar produtores, comerciantes e usuários de substâncias ilícitas. No entanto, a eficácia dessa abordagem tem sido questionada. A presença contínua e marcante de drogas nas unidades prisionais brasileiras é um testemunho eloquente do fracasso dessa política.

Ainda mais alarmante é o fato de que, apesar do endurecimento das legislações penais voltadas ao tráfico de drogas, o número de indivíduos presos por tais crimes continua a aumentar. Isso sugere que as políticas atuais não estão apenas falhando em prevenir o tráfico de drogas, mas também podem estar contribuindo para o ciclo de encarceramento em massa, sem efetivamente resolver o problema subjacente.

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

A estigmatização de mulheres e familiares de presos, rotulados frequentemente como os "principais" responsáveis pela entrada de drogas no sistema prisional, é um subproduto direto da política proibicionista que permeia o sistema jurídico brasileiro. Esta visão, no entanto, é não apenas simplista, como também enganosa. Os dados que coletamos ao longo deste estudo sugerem que essa perspectiva desvia a atenção das falhas estruturais e de gestão que, na realidade, são os fatores que permitem a persistência do tráfico de drogas dentro das instituições prisionais.

A obra de Rafael Godoi (2015) oferece uma luz sobre essa questão, trazendo uma perspectiva valiosa e muitas vezes negligenciada. Godoi argumenta que o sistema prisional brasileiro é permeado por uma série de "fluxos" que, apesar das medidas de controle rigorosas implementadas, facilitam a entrada e a circulação de drogas. Essas formas específicas de circulação, que muitas vezes permanecem ocultas ou são descartadas pelas autoridades, são um testemunho da complexidade do problema do tráfico de drogas nas prisões.

Esses fluxos não são meramente canais físicos de contrabando, mas também representam as falhas sistêmicas, a corrupção e as redes de cumplicidade que permitem que o tráfico continue. Eles são um reflexo de um sistema que, apesar de suas intenções declaradas, falha em prevenir efetivamente a entrada de drogas. Esta visão desafia a narrativa simplista que coloca a culpa principalmente em mulheres e familiares de presos, e aponta para a necessidade de uma abordagem mais holística e sistemática para lidar com o problema do tráfico de drogas nas prisões.

A partir de uma perspectiva antiproibicionista, torna-se imperativo questionar a eficácia das políticas atuais que, como demonstrado, não conseguem erradicar o tráfico de drogas, nem mesmo dentro do sistema prisional. É necessário buscar alternativas que não apenas tratem dos sintomas, mas também abordem as raízes do problema. Isso implica uma reforma abrangente das políticas de drogas, que deve ir além da mera criminalização e buscar soluções baseadas em evidências científicas, adotando-se o paradigma da redução de riscos e danos.

Além disso, é crucial revisar as práticas de gestão e segurança prisional. As falhas estruturais e de gestão que permitem a persistência do tráfico de drogas nas prisões precisam ser identificadas e corrigidas. Isso pode envolver a implementação de medidas de controle mais eficazes, a melhoria da supervisão e a promoção de uma cultura de integridade dentro do sistema prisional.

Por fim, é importante enfatizar a necessidade de mais pesquisas nesta área. A compreensão dos mecanismos que sustentam o tráfico de drogas no sistema prisional é fundamental para o desenvolvimento de políticas eficazes e humanas. Essa compreensão só pode ser alcançada por pesquisas rigorosas e baseadas em evidências.

Além do mais, é necessário um debate público mais amplo sobre a política de drogas no Brasil. Este debate deve incluir a voz de todas/os as/os afetadas/os por essa questão, desde a população prisional e suas famílias até as/os profissionais de saúde, as/os formuladoras/es de políticas e a sociedade em geral. A política de drogas não é apenas uma questão de segurança, mas também uma questão de saúde pública, direitos humanos e justiça social, e deve ser tratada como tal.

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

6. Referências bibliográficas

ANTILLANO, Andrés; ZUBILLAGA, Verónica. La conexión drogas ilícitas violencia. Una revisión de la literatura y consideraciones a la luz de la experiencia venezolana. *Espacio Abierto*, v. 23, n. 1, 2014.

APARECIDA DE GOIÂNIA. Secretaria Municipal de Saúde de Aparecida de Goiânia. Portaria 079/2020-GAB/SMS. *Diário Oficial*, Aparecida de Goiânia, ano 7, n. 1499, p. 3. Acesso em: 20.10.2020.

BARBIÉRI, Luiz. *CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação*, 2019. Disponível em: [https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml]. Acesso em: 20.08.2019.

BEWLEY-TAYLOR, Dave; HALLAM, Chris; ALLEN, Rob. *The incarceration of drug offenders: an overview*. London: International Centre for Prison Studies, 2009.

BIONDI, Karina. *Junto e misturado* – Uma etnografia do PCC. São Paulo: Terceiro Nome, 2010.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: LEMOS, Clécio; MARONNA, Cristiano Avila; QUINTAS, Jorge. *Drogas*: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCrim, 2014.

BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 11, n. 94, p. 1-29, jun.-set. 2009.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. A desproporcionalidade da lei de drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. In: CORREA, Catalina Pérez. (Org.). *Justicia desmedida* – Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina. 1. ed. Mexico: Fontamara, 2012, p. 71-101.

BORGES, Guilherme. *A figuração social das drogas e as relações de poder*: ethos, habitus jurídicos e o meio caminho andado da decisão sentencial dos crimes de tráfico de drogas em Goiânia. 2020. 416 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2019.

CAMPOS, Joara. Perfil feminino nas apreensões de drogas: criminosas ou vítimas? *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública*, Goiânia V.13 n.2, p. 32-44, jul.2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. O novo nem sempre vem – Lei de Drogas e encarceramento no Brasil. *Boletim de Análise Político-Institucional*, v. 18, p. 31-39, 2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; ALVAREZ, Marcos César. Pela metade: Implicações do dispositivo médico-criminal da "Nova" Lei de Drogas na cidade de São Paulo. *Tempo social*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 45-74, maio 2017.

CARVALHO, Denise; JESUS, Maria Gorete Marques de. Mulheres e o tráfico de drogas: um retrato das ocorrências de flagrante na cidade de São Paulo. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP*, Marília, n. 9, p. 177-192, 2012.

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

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório final da pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por tráfico de drogas na cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro*, 2018. Disponível em: [http://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4fab66cd44ea468d9df83d0913fa8a96.pdf]. Acesso em: 20.08.2019.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais.* Brasília: DEPEN, 2016. Disponível em: [http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b83 6efcd.pdf]. Acesso em: 20.08.2019.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Postulados, princípios e diretrizes para a política de alternativas penais*. Brasília: DEPEN, 2020. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/modelo-de-gestao/diretrizesparaapoliticadealternativaspenais1.pdf]. Acesso em: 07.10.2021.

DIAS, Camila Nunes. *PCC*: Hegemonia nas prisões e monopólio da violência. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIETZ, Leslie; HORVE, Patrick F.; COIL, David A.; FRETZ, Mark; EISEN, Jonathan A.; VAN DEN WYMELENBERG, Kevin. 2019 Novel Coronavirus (COVID-19) Pandemic: Built environment considerations to reduce transmission. *mSystems*, v. 5,2 e00245-20. Acesso em: 07.04.2020.

FIORE, Maurício. A medicalização da questão do uso de drogas no Brasil: reflexões acerca de debates institucionais e jurídicos. In: VENÂNCIO, Renato Pinto; CARNEIRO, Henrique (Orgs.). *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda Editoria/Editora PUC-Minas, 2005.

FIORE, Mauricio. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. *Novos estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 92, p. 9-21, mar. 2012.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GOIÁS. Portaria 0003/2019/SSP. Goiânia: Secretaria de Segurança Pública. *Diário Oficial*, Goiânia, n. 22.972, ano 182. Acesso em: 15.01.2019.

GOIÁS. *Portaria 62/2020-DGAP/2020*. Diretoria-Geral da Administração Penitenciária. 2020a. Disponível em: [https://dgap.go.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/Portaria-62-2020-DGAP-2020-DGAP-1.pdf]. Acesso em: 20.01.2021.

GOIÁS. Secretaria de Segurança Pública do Estado de Goiás. "*O sistema prisional do Estado de Goiás é local para o cumprimento de pena*", afirma secretário Rodney Miranda. 2021. Disponível em: [https://seguranca.go.gov.br/galeria-de-fotos/o-sistema-prisional-do-estado-de-goias-e-local-para-o-cumprimento-de-pena-afirma-secretario-rodney-miranda.html]. Acesso em: 25.01.2021.

GUERREIRO, Diogo Frasquilho; CARMO, Ana Lisa; SILVA, Joaquim Alves da; NAVARRO, Rita; GÓIS, Carlos. Club Drugs: um novo perfil de abuso de substâncias em adolescentes e jovens adultos. *Acta Med Port*., 24(5):739-756, 2011.

INSTITUTO SOU DA PAZ. *Infográfico da campanha 'eu acredito no caminho de volta'*. 2014 Disponível em: [http://soudapaz.org/caminhodevolta/] e [http://soudapaz.org/caminhodevolta/wpdev/wpcontent/uploads/2014/08/AF_infografico-Microtraficante.pdf]. Acesso em: 06.04.2016.

LAGO, Natália Bouças do. *Jornada de Visita e de Luta: Tensões, Relações e Movimentos de Familiares nos Arredores da Prisão*. 2019. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. *A guerra* – A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. São Paulo: Todavia, 2018.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; CONSTANTINO, Patrícia. *Deserdados sociais*: condições de vida e saúde dos presos do Estado do Rio de Janeiro. São Paulo: Fiocruz, 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira. The complexity of relations between drugs, alcohol, and violence. *Cadernos de saúde pública*, v. 14, n. 1, p. 35-42, 1998.

MISSE, Michel. Trocas ilícitas e mercadorias políticas: para uma interpretação de trocas ilícitas e moralmente reprováveis cuja persistência e abrangência no Brasil nos causam incômodos também teóricos. *Anuário Antropológico*, v. 35, n. 2, p. 89-107, 2010.

NEWCOMBE, Russell. The Bird Killer: What prisoners think about the use of spice in prison. *User Voice,* 2016.

OLIVEIRA, Marcilaine Martins da Silva. *Como vender balinha: a presença das mulheres no tráfico de drogas.* 2014. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2014.

POLICARPO, Frederico. A administração institucional do uso de drogas. *Comunicação nos anais da ANPOCS*, 2013. Disponível em: [http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2 307&Itemid=230]. Acesso em: 06.04.2016.

PSYCHONAUTWIKI. *2C-E,* 2022b. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/2C-E]. Acesso em: 22.06.2022.

PSYCHONAUTWIKI. *25E-NBOH*, 2022a. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/25E-NBOH]. Acesso em: 22.06.2022.

PSYCHONAUTWIKI. *LSD*, 2022c. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/LSD]. Acesso em: 22.06.2022.

PSYCHONAUTWIKI. *MDMA*, 2022d. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/MDMA]. Acesso em: 22.06.2022.

PSYCHONAUTWIKI. *MDMB-4en-PINACA*, 2022e. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/MDMB-4en-PINACA]. Acesso em: 22.06.2022.

PSYCHONAUTWIKI. *METHAMPHETAMINE*, 2022. Disponível em: [https://psychonautwiki.org/wiki/Methamphetamine]. Acesso em: 22.06.2022.

RALPHS, Rob; WILLIAMS, Lisa; ASKEW, Rebecca; NORTON, Anna. Adding spice to the porridge: the development of a synthetic cannabinoid market in an english prison. *International Journal of Drug Policy*, v. 40, p. 57-69, 2017.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL – RJC. *Informativo*. Revista Vexatória (Boletim Temático), Brasília, 2015. Disponível em: [https://redejusticacriminal.org/wp-content/uploads/2016/08/Revista-Vexat%C3%B3ria-Pesquisa-analise-e-entrevista-sobre-o-tema.pdf]. Acesso em: 23.01.2020.

SANDER, Vanessa. *Pavilhão das sereias: uma etnografia dos circuitos de criminalização e encarceramento de travestis e transexuais*. 2021. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2021.

SÃO PAULO. *Dados sobre a apreensão de objetos ilícitos (armas, drogas, celulares) em unidades prisionais e análise da eficácia do procedimento de revista íntima em visitantes de unidades*

prisionais. São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, [S./a.]. Disponível em: [http://defensoria.sp.gov.br/dpesp/ Repositorio/23/Documentos/2014_07_15_Dados_RevistaVexatoria_EstadodeSP.pdf]. Acesso em: 22.08.2019.

SILVESTRE, Giane. *Dias de visita*: uma sociologia da punição e das prisões. São Paulo: Alameda, 2012.

TOGNI, Loraine R.; LANARO, Rafael; RESENDE, Rodrigo R.; COSTA, Jose L. The variability of ecstasy tablets composition in Brazil. *Journal Forensic Sciences*, 60:147-151, 2015.

UNODC. *Covid-19 and the drug supply chain*: from production and trafficking to use. Vienna: United Nations Office, 2020.

UNODC. *World Drug Report 2017*. Market analysis of synthetic drugs. Amphetamine-type stimulants, new psychoactive substances. Vienna: United Nations Office, 2017.

UNODC. *World Drug Report*: Women and Drugs. Vienna: United Nations Office, 2018a.

UNODC. *World Drug Report 2018*. Global Overview of Drug Demand and Supply: Latest trends, cross-cutting issues. Vienna: United Nations Office, 2018b.

UNODC. *World Health Organization*. Preparedness, prevention and control of Covid-19 in prisons and other places of detention: information for visitors: November 2020. World Health Organization. Regional Office for Europe. 2020.

PESQUISA DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Sistema prisional e direitos humanos no Brasil: a (in)gestão política em tempos de pandemia por Covid-19, de Bruno Truzzi, Carolina Piccolotto Galib e Luis Renato Vedovato – *RBCCrim* 195/187-218.

Borges, Guilherme; Campos, Joara de Paula; Cardoso, Franciele Silva. Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 257-282. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515848].

"Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos

"More blood in the eyes": the difference in action of the Military Police in the districts of Jurunas and Batista Campos

Luanna Tomaz de Souza

Pós-doutora em Direito na PUC-Rio. Atua como Diretora Adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas da UFPA. Mestre em Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará. Doutora em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra – Portugal. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Faculdade de Direito, do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFPA e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento na Amazônia (PPGDDA). Integra a direção nacional do IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5883415348673630].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-8385-8859].
luannatomaz@ufpa.br

Antonio José Martins Fernandes

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD-UFPA). Especialista em Ciências Criminais pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Bacharel em Direito pelo CESUPA. Coordenador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) no Estado do Pará. Coordenador adjunto do Laboratório em Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas Direito Penal e Democracia da Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2593987061769901].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0001-5476-9198].
ajmf06@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515862].

Recebido em: 01.06.2023
Aprovado em: 25.10.2023
Última versão dos autores: 15.11.2023

Souza, Luanna Tomaz de; Fernandes, Antonio José Martins. "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 283-312. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515862].

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho visa analisar de que forma é possível compreender a diferenciação da atuação da Polícia Militar nos bairros belemenses do Jurunas e da Batista Campos, à luz do seu processo de urbanização e gestão territorial. A Batista Campos é considerada central e elitista, enquanto o Jurunas, marginalizado e periférico. Por meio dos métodos comparativo e indutivo, foram utilizadas técnicas de levantamento bibliográfico e documental e realização de entrevistas semiestruturadas com policiais militares que atuam em ambas as áreas. Igualmente, se objetivou responder ao questionamento-problema por meio de uma exposição da diferença social, econômica e racial que existe na realidade dos dois bairros e que se prolongou durante sua formação histórica, em especial, na gestão municipal de Antônio Lemos. Outrossim, também se objetivou centralizar o elemento territorial como um marcador social da diferença, concomitantemente aos marcadores de raça e classe e, por fim, também descrever a organização formal da atuação da Polícia Militar no Pará na sua capital, Belém. Em conclusão, posteriormente à análise comparativa da atuação concreta da Polícia Militar, percebeu-se que existem diversos tipos de diferenciações, especialmente no tocante à organização e a estratégias utilizadas, aos delitos registrados e na percepção da suspeição e abordagem dos indivíduos selecionados.

Palavras-chave: Polícia militar – Território – Belém – Racismo – Jurunas e Batista Campos.

Abstract: The present work aims to analyze how it is possible to understand the differentiation of the Military Police's actions in the Belemense neighborhoods of Jurunas and Batista Campos, in light of their urbanization process and territorial management. The first neighborhood of Belém-Pa is considered central and elite, the other, marginalized and peripheral. Through comparative and inductive methods, using bibliographic and documental survey techniques and semi-structured interviews with military police officers who works in those areas. It also aimed to answer the question-problem through an exposition of the social, economic and racial difference that exists in the reality of the two districts and that lasted through their historical formation, especially in the municipal administration of Antônio Lemos. Furthermore, it also aimed to centralize the territorial element as a social marker of difference, concomitantly with race and class markers and, finally, also to describe the formal organization of the Military Police's activities in Pará and Belém. In conclusion, after the comparative analysis of the concrete performance of the Military Police, it was noticed that there are several types of differentiations, especially about the organization and strategies used, the registered crimes and in the perception of the suspicion and approach of the selected individuals.

Keywords: Military police – Territory – Belém – Racism – Jurunas and Batista Campos.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 1.1. Um breve esclarecimento metodológico. 2. A observação de duas realidades: entre o Jurunas e a Batista Campos. 2.1. O bairro do presídio: o Jurunas. 2.2. O bairro urbanizado ao redor da praça: a Batista Campos. 3. A construção do território como elemento de vulnerabilização: um imbricamento de classe e raça. 3.1. Os processos de urbanização: a desigualdade como forma de organização das cidades. 4. A atuação da Polícia Militar em Belém nos bairros do Jurunas e da Batista Campos. 5. A busca da mancha: aspectos de diferenciação na atuação da Polícia Militar. 5.1. A organização e as estratégias de policiamento: fatores objetivos carregados de subjetividade. 5.2. Delitos bem delimitados: a dualidade entre drogas e o patrimônio. 5.3. Mais sangue nos olhos: a abordagem e a suspeição na rotina do policial militar. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Souza, Luanna Tomaz de; Fernandes, Antonio José Martins. "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 283-312. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515862].

1. Considerações iniciais

A presente pesquisa tem como objetivo avaliar alguns dos aspectos da diferenciação da atuação da Polícia Militar conforme o território em que se encontra em atuação, tomando como base os bairros do Jurunas e da Batista Campos, na cidade de Belém, no Estado do Pará. Trata-se, do ponto de vista econômico, do maior estado da região norte, que não tem sido alvo principal dos estudos hegemônicos.

Durante o desenvolvimento, a pesquisa objetivou, também, compreender a construção histórico-social dos bairros estudados, bem como o papel do território como um marcador social da diferença.

A escolha dos bairros mencionados não ocorreu ao acaso. Pelo contrário, a proximidade geográfica em contraposição ao distanciamento do perfil socioeconômico dessas regiões torna evidente a capacidade destes bairros de proporcionar uma análise comparativa acerca da atuação policial.

Um bairro com alto custo de moradia, reconhecido socialmente como área nobre da cidade, alvo de projetos de melhorias urbanas, tido como região segura para transitar, como é o bairro da Batista Campos, se fixa como contraponto ideal para seu bairro vizinho, o Jurunas, considerado bairro periférico, pouco urbanizado, baixo custo de moradia, sendo algumas de ocupação irregular, rotulado como "perigoso", "zona vermelha" e alvo constante de um intenso controle policial.

Com método indutivo-comparativo, utilizou-se pesquisa qualitativa bibliográfica e documental. Também se realizou análise de conteúdo de entrevistas semiestruturadas realizadas com os agentes policiais que atuavam no policiamento dos bairros do Jurunas e da Batista Campos. A pergunta que norteia o trabalho é: de que forma é possível compreender a diferenciação da atuação da Polícia Militar nos bairros belemenses do Jurunas e da Batista Campos, à luz do seu processo de urbanização e da gestão territorial?

1.1. Um breve esclarecimento metodológico

Por se tratar de uma pesquisa de cunho empírico, com execução de pesquisa de campo, vale esclarecer os aspectos metodológicos da técnica utilizada para desenvolver o presente trabalho e coletar os dados por meio das entrevistas.

Acredita-se que a escolha da técnica de realização da entrevista com os agentes que atuam nos bairros do Jurunas e da Batista Campos aproxima a coleta de dados da realidade da atuação dessa instituição, possibilitando uma compreensão mais realista do fenômeno da atuação policial nos territórios em uma cidade.

Para a realização das entrevistas, foi feita visita preliminar aos Batalhões de Polícia Militar para informar o interesse na realização do levantamento de dados, bem como da coleta dos termos de anuência de participação na pesquisa, assinados por ambos os Comandantes dos respectivos BPM. Posteriormente, o projeto de pesquisa foi devidamente submetido ao Conselho de Ética em Pesquisa (CEP) da Universidade Federal do Pará, obtendo parecer favorável depois de analisar cuidadosamente a documentação anexada.

Em seguida, iniciou-se o agendamento das entrevistas com os agentes policiais que atuavam em cada bairro estudado. O critério de seleção dos entrevistados consistiu somente no fato de atuar diretamente ou no bairro do Jurunas ou no bairro da Batista Campos, requerendo que houvesse a entrevista do Capitão da Companhia de policiamento de cada um dos bairros, de modo que os demais entrevistados poderiam ser agentes que realizassem a atividade ostensiva, não podendo ser agente de função exclusivamente administrativa.

A partir destes critérios, foram realizadas 12 entrevistas. Seis delas com policiais que trabalhavam no bairro do Jurunas e seis com agentes da Batista Campos. Antes da realização da entrevista, cada entrevistado recebeu um termo de consentimento livre e esclarecido, no qual se explicou o objetivo da pesquisa, os riscos que este corria concedendo a entrevista, bem como as medidas amenizadores de risco, tal qual o sigilo de identidade relativo ao nome, ao sexo, à patente e à antiguidade.

Nesta oportunidade, foi solicitada a gravação das entrevistas, mediante assinatura de termo de concessão de uso da voz. No termo, esclareceu-se que a gravação seria utilizada somente pelo pesquisador para a coleta de dados, não podendo ter seu áudio reproduzido, parcial ou integralmente. Somente havia autorização para que se reproduzisse a transcrição das entrevistas.

Das 12 entrevistas realizadas, somente cinco destes entrevistados permitiram a gravação, de modo que muitos excertos do conteúdo das suas respostas se encontram aqui em menção indireta. Nos casos em que foi possibilitada a gravação, aqui se mencionam em citação direta, com finalidade de garantir maior verossimilhança aos dados coletados e analisados qualitativamente na presente pesquisa.

Para a análise, o conteúdo das entrevistas foi categorizado em sete grupos de análise: a) organização e estrutura institucionais; b) estratégias de policiamento; c) crimes mais frequentemente registrados; d) áreas nas quais mais se registram delitos; e) percepção de suspeição e abordagem; f) perfis da população abordada e selecionada pela instituição; e g) percepções dos agentes sobre o trabalho policial por eles individualmente realizado.

Por razões de limitação de páginas, a pesquisa foi realizada a partir do recorte metodológico de apenas três destas categorias: organização e estratégias; crimes registrados; e técnicas de suspeição e abordagem, que serão devidamente analisadas em tópico próprio, a partir das páginas que se seguem.

2. A observação de duas realidades: entre o Jurunas e a Batista Campos

As reflexões aqui se iniciam a partir da percepção das diferenças entre os bairros do Jurunas e da Batista Campos, bem como se almejou compreender brevemente como ocorreu a formação histórica e social desses espaços e como isso impactou nas relações sociais existentes no presente desses bairros.

Os bairros escolhidos se destacam por serem vizinhos e pelas diferenças entre estes, chegando a configurar como verdadeiros opostos: nas suas histórias, na população, nas suas ruas, na sua arquitetura, nos seus espaços de lazer, nas manifestações culturais e, certamente, na sua interação com as agências policiais.

Os processos de urbanização levaram esses vizinhos a perfis díspares e evidenciam as questões de classe e raça na ocupação do território. De um lado, um bairro negro e pobre (Jurunas) que teve um presídio como marco histórico e, de outro, um bairro rico e branco (Batista Campos) que tem uma praça como seu marco urbano. Conhecer os bairros envolve passar por diversos momentos da construção e urbanização de Belém.

O marco do surgimento desses bairros é o início das obras de ensecamento da região conhecida como Alagado do Piri, e do igarapé que existia na região na chegada no século XIX, no ano de 1800 (MEIRA FILHO, 2015, p. 484). O objetivo dessas obras, além de expandir a ocupação da cidade, era o seu "embelezamento". O aterramento do igarapé ocasionou uma das maiores mudanças urbanas da Belém Colonial e contribuiu para a formação dessas áreas com o surgimento das ruas que marcam suas entradas.

Já no século XIX, na gestão do intendente[1] Antonio José de Lemos (1897-1911), intensificaram-se os projetos de urbanização da cidade, seguindo interesses da elite da época, como estruturação dos portos, calçamento e pavimentação das ruas, instalação de bondes elétricos e serviços telegráficos telefônicos (BELÉM, 2022).

Com a criação do que ficou conhecido como Código de Posturas de 1900, o Código de Polícia Municipal (Lei 276, de 1900)[2], instituiu-se um poder de polícia municipal, que funcionava como meio de vigilância e controle social das camadas menos favorecidas da sociedade para que se adequassem a um padrão europeu de comportamento, idealizado pelas elites da época e pelo intendente Lemos (SARGES, 2010, p. 212).

O poder de polícia, de modo geral, foi utilizado pelo Estado para o controle social de negros e pobres, o que se mantém na atuação da Polícia Militar atualmente. A legislação permitia, em nome do ideal de "melhoramento", o uso da força policial para ajustar os comportamentos para atingir o objetivo de ser equiparada a uma cidade europeia.

Essas normas tinham a intenção de disciplinar também os usos de construções e do espaço público pelos indivíduos, provocando a ocupação restrita do lugar, prejudicando as classes mais populares, que foram empurradas para áreas desvalorizadas, como o Jurunas, ou áreas mais distantes ainda do centro. O Código de Posturas trouxe a institucionalização do aparato policial como parte de um processo de urbanização.

Por exemplo, o costume de atirar pedras nas mangueiras era muito comum entre as pessoas mais pobres, que introduziram o fruto em sua dieta e trabalhavam nas áreas mais centrais, onde as árvores foram inseridas como parte da urbanização. A proibição do apedrejamento era justamente para que essas pessoas não danificassem o patrimônio público que servia de "embelezamento" (VIEIRA, 2010, p. 62).

1. Esse cargo corresponde ao atual cargo de prefeito da cidade
2. A Lei 276/1900 trazia em seu conteúdo diversas infrações, quase todas com intuito de adequar comportamentos populares ao padrão eurocêntrico ou voltado a uma política de higienização da cidade a fim de evitar a disseminação de doenças e epidemias, mas também para responsabilizar as classes pobres e as pessoas negras pela precariedade das próprias vidas diante de um ideal de embranquecimento e assimilação de costumes europeus na metrópole da Amazônia como: "Art. 110.º E' prohibido: I – Fazer bulha e algazarra e dar altos gritos sem necessidade; II – Apitar ou dar qualquer signal de que usam as patrulhas e officiaes rondantes, excepto nos casos de pedir socorro; III – Fazer batuques ou sambas; IV – Tocar tambor, carimbo ou qualquer instrumento de perturbe o socego publico."

Além da reformulação da estrutura da cidade, havia o objetivo de mudança de hábitos e costumes sociais (SARGES, 2010, p. 20), com a finalidade de tornar a população de Belém a mais próxima possível da população europeia.

Esse ideal, não necessariamente explícito, era perceptível nas restrições de condutas e comportamentos que somente se aplicariam a classes pobres e negras: a necessidade de comércio de alimentos somente quando registrado (o que era inacessível para as classes mais pobres e para as pessoas negras), bem como a proibição de gritos e algazarras e o exercício da cultura (com as proibições de rodas de samba e carimbó).

Percebe-se também o projeto de embranquecimento da população brasileira, considerada atrasada em relação à Europa pela miscigenação, motivando essas políticas sob o ideal de embelezamento e higienização, quando em verdade era uma estratégia para esconder e eliminar negros e pobres para tornar o Brasil um país branco e desenvolvido como nos moldes do continente europeu (SCHWARCZ, 1993, p. 17-18).

Um dos danos provocados por essas regulamentações era a visão das habitações populares e a mendicância como sérios problemas sociais, responsáveis pela proliferação de epidemias (MIRANDA, 2015, p. 528-529). Por detrás desse discurso, um interesse da elite em se igualar ao contexto europeu e branco. Portanto, a gestão lemista refletiu os ideais de segregar e eliminar a população pobre e negra, mascarando violências contra esse grupo mediante práticas e políticas supostamente legítimas (NASCIMENTO, 2017, p. 83) justificadas pelo projeto de urbanização em Belém, mas, em verdade, representava tentativa de embranquecimento.

A população de baixa renda, que era mormente negra também, não tinha mais escolhas senão se deslocar para áreas periféricas, com poucas melhorias urbanas e, de certa forma, ainda alagáveis no período das cheias, como o Jurunas. A Batista Campos ficou em evidência entre os séculos XVIII e XIX como expressão do ideal de "modernização" e "higienização" da cidade.

2.1. O bairro do presídio: o Jurunas

A definição do que é o bairro do Jurunas perpassa por inúmeras camadas. Informalmente, na cultura popular, poderia ser um bairro de samba, pela sede do Grêmio Recreativo Beneficente Jurunense Rancho Não Posso Me Amofiná[3], ou de turismo, com o espaço São José Liberto[4] (antigo presídio) e o Portal da Amazônia[5]. Todavia, o bairro costuma ser

3. O Grêmio Recreativo Beneficente Jurunense Rancho Não Posso Me Amofiná é uma tradicional escola de samba de Belém, fundada em 1934, localizada no centro do Jurunas. É um marco cultural do bairro.
4. O Espaço São José Liberto fica localizado na Praça Amazonas, marco inicial do bairro do Jurunas nas proximidades da Av. Roberto Camelier. Hoje funciona como espaço turístico e museu, mas já funcionou como convento, quartel, depósito de pólvora, hospital, cadeia pública e presídio.
5. O Portal da Amazônia fica localizado nos bairros do Jurunas e Cidade Velha, na beira do rio Guamá. Espaço turístico com área de lazer para prática esportiva. Sua obra representou uma valorização da região e um processo de gentrificação que removeu a população para áreas desvalorizadas.

rotineiramente associado à atuação criminal, principalmente, ao tráfico de drogas. Formalmente, a definição da área ocorreu na Lei Municipal 7.806, de 1996:

> "JURUNAS – Compreende a área envolvida pela poligonal que tem início na interseção da margem direita do Rio Guamá com a projeção da Rua Cesário Alvim, segue por esta até a Rua Tupinambás, flete à direita e segue por esta até a Trav. Quintino Bocaiúva, flete à direita e segue por esta e por seu prolongamento até a margem direita do Rio Guamá, flete à direita e segue por este até o início da poligonal." (BELÉM, 1996, não paginado)

O Jurunas nasceu da diversidade de ocupação. Antes do começo da invasão colonial em Belém no ano de 1616, as margens do rio já eram ocupadas por diversos grupos indígenas que seriam, posteriormente, forçados a dividir esse espaço (RODRIGUES, 2008, p. 73). A chegada do século XIX e o início da gestão de Antônio José Lemos como intendente da cidade (1897 a 1911) marcaram o discurso político de melhoria das condições econômicas, higiênicas e habitacionais. Era tentativa de sintonizar Belém com o cenário econômico da exploração gomífera das seringueiras, o ciclo da borracha.

Nesse mesmo período, houve políticas de urbanização e "melhoramento" da cidade, com a propaganda negativa da ocupação irregular por meio de "barracos e puxadas". Tratava-se de uma demanda da elite que lucrava com a exploração gomífera e que ansiava ser comparada com uma sociedade europeia.

Em consequência desse cenário, era culturalmente aceita a representação destas áreas, muitas delas alagadas ou alagáveis, como perigosas, insalubres, desvalorizadas e excluídas de melhorias urbanas. A região do Jurunas, não sendo economicamente interessante, pouco foi afetada por estes projetos e investimentos, permanecendo como uma área alagável, com parco fornecimento de água e iluminação, atraindo moradores justamente pelos baixos preços para moradia (RODRIGUES, 2008, p. 76).

O Jurunas foi construído a partir da desvalorização de um espaço e da ocupação por pessoas que não podiam residir nos centros mais urbanizados. A estruturação desse território é fruto da contradição das suas condições sociais, econômicas e sanitárias com o cenário de enriquecimento, urbanização e "embelezamento" dos centros urbanos de Belém. Essas marcas não se limitaram aos séculos XVIII e XIX com a gestão de Antônio Lemos, pelo contrário, algumas perduraram até a atualidade.

Segundo Lilia Moritz Schwarcz (2019, p. 31), durante o período republicano, pregava-se a liberdade e as políticas sociais, mas não se reduziram os índices de exclusão social, mantendo os pobres e negros em posições vulnerabilizadas. Esses projetos de urbanização empurraram para o bairro, com o investimento nas áreas centralizadas, pessoas que não tinham condições de residir em lugares "melhorados". As melhorias urbanas atendiam apenas interesses e necessidades da elite que estava em ascensão com o ciclo da borracha (VIEIRA, 2010, p. 60). Boa parte da população deslocada pelas "melhorias" era negra e pobre, não tendo condições econômicas para residir nas áreas nobres.

Na gestão lemista, as políticas urbanas fortaleceram o processo de embranquecimento, estabelecendo um padrão baseado nas concepções da elite rica e branca, contribuindo para a manutenção da subalternidade de pessoas negras e pobres (GONZALEZ, 2020, p. 131).

Conforme Zélia Amador de Deus (2019, p. 91), a mensagem era de que o desenvolvimento somente ocorreria quando a população negra desaparecesse.

O Jurunas, em que pese possuir em sua maioria um perfil populacional vulnerabilizado, não é homogêneo, havendo regiões limítrofes a Batista Campos com características distintas. Nas entrevistas realizadas por Carmem Rodrigues (2008, p. 91), a autora percebe uma divisão feita pelos próprios moradores do Jurunas entre áreas mais ou menos valorizadas.

Os moradores entrevistados por Rodrigues (2008, p. 88) também relacionam a melhoria das condições de urbanização do bairro a um aumento da sensação de segurança para os moradores e para aqueles que passam por ali. Evidencia-se a relação de questões urbanas com a segurança e a influência no trabalho das agências policiais, mesmo no nível da fala do crime[6], como menciona Teresa Caldeira (2011, p. 27).

Essa fala do crime é contagiante e é responsável por transmitir o medo do crime e da violência pela sociedade, sendo capaz de operar mudanças. As concepções que são formuladas e emitidas acerca do bairro do Jurunas como pouco urbanizado, perigoso, violento são também fala do crime e impactam na atividade policial sobre o local.

A formação do bairro ao redor de um presídio trouxe consequências para a construção territorial e a composição da própria fala do crime. A região continuou a ser representada como perigosa, principalmente em razão da proximidade dos rotulados como criminosos com a população e uma consequente desvalorização do bairro.

Em sua composição atual, o bairro do Jurunas não teve esse cenário alterado. Permanece a representação de um território dominado pelo crime, perigoso e financeiramente desvalorizado. As regiões mais nobres do bairro, próximas a Batista Campos, outrossim, possuem uma construção completamente diferente, com estratégias de policiamento diferentes e elementos arquitetônicos distintos, como uma visível marca de verticalização nessas áreas.

Assim, a construção territorial do Jurunas ocorreu de forma a manter a desigualdade de classe e raça, garantindo que a especulação financeira e o racismo efetivassem a segregação de pessoas pobres e negras em áreas desvalorizadas e consideradas criminógenas, enquanto as pessoas brancas e ricas foram para regiões mais distantes do rio, próximas ao bairro da Batista Campos e mais valorizadas. Esse modelo de urbanização desigual teve forte impacto na atuação policial.

2.2. O bairro urbanizado ao redor da praça: a Batista Campos

Apesar da sua proximidade limítrofe do Jurunas, o bairro da Batista Campos teve uma formação bastante diferente do seu vizinho. Em que pese tenham sofrido o impacto dos projetos de urbanização desiguais, especialmente, na gestão Antônio Lemos, a forma como se desenvolveram foi diversa. As delimitações formais da Batista Campos na Lei 7.806/1996 são:

6. A fala do crime, conceito da antropóloga, refere-se a quaisquer "[...] conversas, comentários, narrativas, piadas, debates e brincadeiras que têm o crime e o medo como tema [...]" (CALDEIRA, 2011, p. 27).

> "Compreende a área envolvida pela poligonal que tem início na interseção da Rua Gama Abreu com a Av. Serzedelo Corrêa, segue por esta até a Av. Gentil Bittencourt, dobra à esquerda e segue por esta até encontrar a Trav. Quintino Bocaiúva, flete à direita e segue por esta até a Rua Conceição, flete à direita e segue por esta até a Trav. Dr. Moraes, dobra à esquerda e segue por esta até a Pass. Pinheiro, dobra à direita e segue por esta até encontrar a Trav. Pe. Eutíquio, flete à esquerda e segue por esta até sua interseção com a Trav. Quintino Bocaiúva, segue por esta até a Rua Tupinambás, flete à direita e segue por esta até a Rua Arcipreste Manoel Teodoro, flete à esquerda e segue por esta até sua interseção com a Av. 16 de Novembro, dobra à direita e segue por esta até a Av. Almirante Tamandaré, dobra à direita e segue por esta até a Trav. Pe. Eutíquio, a partir da qual recebe a denominação de Rua Gama Abreu, por onde segue até o início da poligonal." (BELÉM, 1996, não paginado)

Diferentemente do seu vizinho, a história do bairro da Batista Campos aparentou ser menos conhecida e menos pesquisada. Durante as incursões para levantamento de material, em *sites* na internet e no acervo de bibliotecas públicas, foram encontradas menos pesquisas e informações, o que não ocorreu no Jurunas. Muito dessa história estava em trabalhos e estudos produzidos sobre o período lemista, bem como sobre seu elemento mais marcante: a praça Batista Campos. Enquanto o Jurunas tem sido alvo de estudos sobre questões criminais, a Batista Campos se evidenciava muito mais pelo processo de urbanização.

A área que hoje representa esse bairro foi um dos focos dos projetos de melhorias de urbanização propostas pelo intendente na época com a finalidade de "modernizar" a região para o comércio da borracha. Isso o tornou uma localização central e valorizada, já que até meados do século XIX ainda era considerada uma região periférica e ocupada por pessoas que não tinham condições de morar nos bairros da Campina ou da Sé, na época mais valorizados.

O processo de "modernização" da gestão lemista veio acompanhado do fenômeno de gentrificação da população que ocupava esse local. Com as melhorias, a população mais carente que ocupava aquele espaço, foi empurrada para outros lugares menos valorizados, cujos custos de habitação pudessem arcar (MAGNO, 2021), como o próprio bairro do Jurunas ou mesmo alguns mais afastados, como São Brás. Para Ermínia Maricato (2000), a urbanização de Belém é um dos maiores exemplos da ocorrência desse fenômeno de expulsão da população pobre quando ocorre a valorização imobiliária da área que era ocupada por eles. Os processos de "melhorias" e urbanização serviam de justificativa e legitimavam a expulsão e segregação dessas pessoas (DIAS, 2008).

A história central desse bairro está ligada assim ao fenômeno oposto que ocorreu no seu vizinho, o Jurunas. A Batista Campos era parte de um projeto de modernização e higienização da cidade, pensada para conter um dos espaços famosos de convivência social – sua praça homônima –, passando a ser ocupada por quem poderia pagar um terreno valorizado e com áreas de lazer (MAGNO, 2021).

O bairro recebeu investimentos, foi organizado para atender a interesses capitalistas da elite que lucrava com essas atividades, bem como para atrair olhares, investimentos e mesmo imigrantes no exterior, seguindo a já falada lógica de embranquecimento e europeização da população brasileira, reproduzida na gestão de Lemos.

A história desse bairro, apesar de compartilhar muitos momentos com o bairro do Jurunas, percorreu um caminho bastante diferente, tendo um perfil populacional mais ligado a pessoas de classe média alta e alta, altos índices de urbanização, saneamento e higienização. O ideal de "embelezamento" e "higienização" é marcante para a história da cidade e das "melhorias urbanas" feitas por Antônio Lemos, que também foi responsável pela fiscalização sanitária da cidade e pela atividade da polícia municipal na região, reproduzindo uma discriminação de classe e um racismo bastante disfarçado sob a máscara supostamente legítima de políticas públicas urbanistas.

> "A produção do espaço urbano de Belém é marcada por uma contradição que ao mesmo tempo é resultado da histórica política urbana que fundamentou a divisão do espaço a partir de um projeto de higienização social, o qual coloca o negro em uma condição subalterna nas áreas de baixadas e periferias da cidade." (COUTO, 2021, p. 69.)

No processo de urbanização, a força policial atua como meio de controle social, demonstrando a relação entre essas duas categorias. E algo bastante evidente é a utilização da força policial para adequação de comportamentos conforme a perspectiva da elite econômica – e, consequentemente – racial.

Deste modo, está apresentado o campo de análise do presente trabalho: dois bairros que tiveram uma história comum, mas que foram construídos e são representados a partir de perfis que evidenciam uma disparidade econômica e social.

Um bairro até o presente considerado periférico, marcado por representações negativas, pouca urbanização e um estigma de dominação pelo crime e pela violência. O seu vizinho, um dos bairros mais caros da cidade, alvo de muitos projetos de melhorias, saneamento e urbanização, representado como um dos melhores para morar e com baixo índice de crimes.

3. A construção do território como elemento de vulnerabilização: um imbricamento de classe e raça

A apresentação desses bairros adianta noções como território, espaço e urbanização no Brasil e como se operam em termos dos sujeitos. O elemento territorial molda as identidades subjetivas e marca as pessoas como pertencentes a lugares – o que influencia as relações da polícia com as pessoas nesses lugares.

Para Milton Santos (2006), espaço é a reunião de elementos naturais que anima esses elementos, possuindo existência própria, independente das transformações da construção social, que ocorrem com o exercício das relações sociais no espaço.

A noção de espaço é pregressa à de território, foco desta pesquisa, tendo em vista que já representa uma "natureza humanizada" (SANTOS, 2006, p. 39). Na concepção de Milton Santos (2006, p. 39), o território representa uma apropriação do espaço por seres humanos, composto a partir das relações sociais que nele coexistem.

Território, então, é realidade transformada que deriva das relações de poder que existem nele, entre espaços que mandam e espaços que obedecem em uma geografia da

desigualdade (VALENTE, 2016, p. 111). Compreender território e as dinâmicas que ocorrem interna e externamente requer a compreensão de suas relações sociais.

Essa rede de relações permite que, em uma única região, coexistam territórios, ainda que localizados no mesmo espaço geográfico ou no mesmo bairro. Por isso, o território poderá ser compreendido de maneira diferente por pessoas ou grupos distintos (COUTO, 2017, p. 62). É o que fica evidenciado no trabalho de Carmen Rodrigues (2008, p. 86 e ss.) com os moradores do Jurunas e suas diversas percepções tanto entre si, bem como divergentes daqueles que não residem no bairro.

Isto explica a fluidez dos territórios e a capacidade de serem representados de maneira diferente. Por exemplo, o próprio bairro da Batista Campos já foi considerado uma área desvalorizada até o aterramento do igarapé do Piri. Posteriormente (e até a atualidade), passou a ser considerado como nobre e valorizado. As "subdivisões" dentro do Jurunas de áreas valorizadas, medianas e desvalorizadas são outro exemplo.

Essas relações em rede nos territórios, entre grupos e indivíduos, são essenciais para o exercício do poder nos espaços, delimitando pessoas, fenômenos e relações. Cada território existirá conforme o controle que é exercido (COUTO, 2017, p. 63), bem como decorrente das relações dos marcadores sociais da diferença sobre estes.

Esta não representa a única definição de território, principalmente, quando se considera o elemento racial. Em populações racializadas, os impactos da construção territorial assumem contornos diferentes na subjetividade dos indivíduos e possuem significativa relevância quando se analisa a relação destes com a atuação da PM. Portanto, o território é elemento essencial para o exercício da dominação de um grupo privilegiado econômica, social e racialmente sobre outros construídos como vulnerabilizados. É indissociável de questões de classe, gênero, sexualidade e raça. Essas categorias, entre outras mais, coexistem no território. Neste trabalho, por razões metodológicas, será dado maior enfoque aos marcadores de raça e classe, que também são indissociáveis da compreensão da atuação policial nos territórios.

A construção dos bairros aqui estudados foi influenciada pelas questões de interesse econômico, bem como a capacidade financeira dos residentes conforme a sua classe social. É evidente que existe um vínculo entre o elemento territorial e a questão de classe, já que a ocupação do espaço depende de poder econômico.

A questão racial também é elemento indissociável, dada a formação social brasileira ocorrer pela dimensão estrutural do racismo (ALMEIDA, 2019, p. 46-47), responsável por garantir que as pessoas negras fossem segregadas em baixos estratos sociais. Torna-se evidente a relação de elementos de classe e raça na composição do território, uma vez que raça presumirá classe social (GUIMARÃES, 2012, p. 47).

A relação raça-território possui camadas mais profundas, visto que pessoas negras, em verdade, passaram por um processo de desterritorialização em duas etapas, dado que foram retiradas de seu território geográfico, a África, e de seus lugares sociopolíticos e culturais de seres humanos (MANZONI, 2020, p. 83).

A presença negra no Brasil é majoritariamente resultado do tráfico de pessoas negras da África para serem escravizadas e que foram desterritorializadas no sentido geográfico:

a primeira camada dessa relação. Em uma segunda camada, o processo de desterritorialização ocorreu sociopolítica e culturalmente. Ocorreu distanciamento de uma série de elementos simbólicos e subjetivos, como instituição familiar, padrões linguísticos, elementos políticos e religiosos. A distribuição demográfica dessa população traficada a partir do padrão branco e eurocentrado provocou a precarização da própria existência dessas pessoas e contribuiu para o processo de racialização destas, estranhas no país para o qual foram trazidos coercitivamente.

Esses espaços ocupados, os territórios negros, em verdade, não se adequam à percepção da elite branca sobre o território, estão fora dos padrões estabelecidos. Portanto, às pessoas negras só foi dada a possibilidade de estar em algum lugar pela organização baseada no racismo, vulnerabilizando e perpetuando as desigualdades.

A desterritorialização distancia o negro da sociedade "civilizada" branca e rica e o aproxima da natureza, aproximando-o de elementos naturais (e não simbólicos e subjetivos), desumanizando negros e negras. Representa-se negativamente esses territórios, naturalizam-se violações e precariza-se a empatia por não serem vistos como seres humanos (MANZONI, 2020, p. 83-84).

> "Essa lógica é o que permite no caso das pessoas não brancas a exposição a uma gentrificação, o escoamento de seus corpos para as periferias urbanas, em que, por analogia, a intervenção não se dá por dispositivos médicos, senão policiais. A imposição da polícia no cotidiano da favela se faz como intervenção corporal, não como 'segurança pública', mas como prática de extermínio da guerra ontológica." (MANZONI, 2020, p. 89)

Essa subjetivação, principalmente quanto à ocupação do território por pessoas negras, torna os corpos indesejáveis socialmente (para amor, empatia, posições de poder e para a ocupação da cidade). O corpo racializado passa a ser identificado como indesejável, fora dos padrões e que pertence, ao menos fisicamente, ao espaço periférico, facilitando ser alvo de controle policial.

O indivíduo que vem da periferia é reconhecido como periférico onde estiver, não só pela cor da sua pele, mas pelo comportamento, sua cultura, seu modo de falar, que é representado como pertencente à periferia e valorado negativamente. O corpo desterritorializado, pobre, negro e periférico, não produz subjetivação reconhecida, sempre sendo considerado estranho no território. É desumanizado no espaço que ocupa, sendo alvo fácil de controle e violência policial.

A urbanização das cidades, desde o pós-abolição, serviu para perpetuar essa geografia da desigualdade, desenvolvendo-se a partir desses marcadores sociais da diferença. Mesmo com o enfoque em apenas três desses marcadores (classe, raça e território) é possível enxergar o processo de urbanização como um domínio sobre essas populações vulnerabilizadas e que impacta na atuação da PM.

3.1. Os processos de urbanização: a desigualdade como forma de organização das cidades

Para Milton Santos (2018, p. 105), o modelo de urbanização brasileira é corporativo, de modo que a finalidade era atender interesses de mercado e das grandes corporações ao

invés de interesses sociais, como o direito à moradia adequada. Raquel Rolnik (2015, p. 26) descreve que essa desigualdade como resultado da decadência de políticas de bem-estar relacionadas à moradia, em contraposição à transformação do espaço e da moradia em um item de mercado e de especulação financeira, uma financeirização. Isabel Alvarez (2015, p. 65) relaciona a construção urbana com lógica negocial a um consequente processo de segregação.

A segregação representa a ocupação dos espaços por grupos específicos, produzindo uma homogeneidade desses espaços internamente, mas uma heterogeneidade em relação ao seu exterior, conforme menciona Roberto Lobato Corrêa (2016, p. 40). Pessoas e grupos semelhantes no tocante a sua formação cultural e a sua renda costumam ocupar espaços semelhantes, em uma segregação residencial. Portanto, a ocupação do território, marcado por relações sociais de poder, ocorreu conforme o poder econômico dessas pessoas, que residem onde podem pagar para morar, conforme a especulação financeira da elite branca e rica. Apesar da análise mais contemporânea de Rolnik, a história do Jurunas revela a distinção entre áreas valorizadas e desvalorizadas que ocorria desde séculos anteriores.

Conforme Milton Santos (2018, p. 106), o processo de urbanização no Brasil, por conseguinte, se iniciou tardiamente e em conjunto com a reprodução da pobreza nas cidades, principalmente naquelas consideradas grandes centros urbanos, o que gerou o fenômeno da periferização da população.

A desvalorização das áreas periféricas e o consequente parco ou inexistente investimento em urbanização, mantém a periferia, bem como pessoas que nela são forçadas a residir, em um ciclo vicioso de manutenção da pobreza e do racismo. De acordo com Renato Emerson dos Santos (2012, p. 38), "[...] as relações raciais grafam o espaço, constituem-se no espaço e com o espaço". Portanto, indissociável a ocorrência de processos de urbanização da categoria racial, principalmente, em um panorama da colonialidade como no Brasil (SANTOS, 2012, p. 40).

James Holston (2013, p. 202) observa que, em que pese haja definições legais e acadêmicas, há um conceito de periferia enraizado na cultura popular que representa lugares "com condições politizadas de pobreza, desigualdade administrativa, ilegalidade, mobilização e urbanização". A periferia, então, torna-se um espaço em que "o controle-regulação da população-espécie é necessário para segurança de um determinado grupo social" (COUTO, 2021, p. 67).

O território, portanto, é marcador social da diferença *per si*. Em que pese sua construção ser bastante ligada às categorias de raça e classe, este se tornou critério de vulnerabilização. As periferias, por isso, tornaram-se os únicos lugares dos e para os trabalhadores pobres (e de maioria negra), onde lhes é possível constituir residência, ainda que muitas vezes pela via da autoconstrução (HOLSTON, 2013, p. 197).

Assim, sendo o sistema criminal direcionado à seleção de grupos vulnerabilizados, o território como um marcador exerce essa influência na atuação policial como mais um desses elementos que guiam essa agência.

Mais especificamente no processo de urbanização da cidade de Belém, o padrão de segregação já mencionado continha alterações, mas operava segregação. A periferização da

cidade ocorreu em duas fases: a primeira marcada por um crescimento heterogêneo desordenado em que as classes ricas e brancas residiam perto daquelas pobres e negras; a segunda em que o desenvolvimento empurrou as camadas mais vulneráveis a regiões mais distantes da cidade (HOLSTON, 2013, p. 209-210).

A ocupação das áreas periféricas próximas ao centro ocorreu de modo a atender aos interesses da elite em ter as classes trabalhadoras próximas para facilitar o deslocamento para o trabalho, sem haver real interesse nas condições de moradia. A urbanização de Belém, então, não se diferenciou do contexto geral que foi mencionado.

A formação do território reflete políticas que mantêm essas desigualdades e vulnerabilizações, haja vista sua construção ocorrer por meio de estruturas sociais de dominação de classe e raça, em que pese não exclusivamente; estas são apenas o recorte metodológico da presente pesquisa.

Carmem Rodrigues (2008, p. 73) destaca que o Jurunas, território periférico, foi ocupado pelos chamados "mestiços", enquanto a elite branca ocupava os centros urbanizados. Ao longo do tempo, pessoas vulnerabilizadas quanto à classe e à raça foram apartadas em territórios específicos, representados como perigosos e desvalorizados e que foram alvos de controle social por força policial. Esse contexto demonstra a importância da compreensão de processos de urbanização para analisar os processos de segregação que decorrem da formação histórica, permanecendo tão contemporâneos e que têm a polícia como agente.

4. A atuação da Polícia Militar em Belém nos bairros do Jurunas e da Batista Campos

As definições da divisão territorial-funcional da PM no Pará se encontram dispostas na Resolução 185/2012 do Conselho de Segurança Pública do Estado do Pará (CONSEP). Nesta, delimita-se a abrangência espacial do trabalho da PM. Esse instrumento formal não representa que as relações e dinâmicas estejam limitadas na norma administrativa. São o marco inicial da análise para além de perspectivas legais.

O primeiro aspecto formal é a divisão territorializada dessa atuação, ou seja, a cada divisão interna da PM, caberá um espaço determinado na resolução e que poderá ser subdividido em subespaços.

A essas divisões, dá-se o nome de Região Integrada de Segurança Pública (RISP) e possuem o objetivo de aprimorar as políticas de segurança no tocante à "[...] integração do planejamento, coordenação, controle, fiscalização e execução das atividades operacionais dos Órgãos do Sistema Estadual de Segurança Pública e Defesa Social do Estado [...]" (PARÁ, 2012, n.p.) para executar mais coordenadamente essas atividades entre a PM, a Polícia Civil e os Bombeiros[7].

A cidade de Belém, com seus distritos e ilhas, é delimitada como a 1ª RISP (art. 3º da Resolução). Cada Região pode ser subdividida em Áreas Integradas de Segurança Pública

7. Art. 2º da Resolução 185/2012 do CONSEP.

(AISP), que objetivam integrar a operacionalização das atividades de segurança pública e a otimização dos resultados (AZEVEDO; CASTRO, 2007, p. 17).

A Resolução, no art. 5º, detalha as AISP da 1ª RISP. No art. 5º, § 4º, I e II, da Resolução, é delimitada a 4ª AISP:

> "§ 4º A 4ª AISP englobará os Bairros da Batista Campos e Jurunas.
>
> II – as Unidades de atuação da 4ª AISP serão as seguintes:
>
> a) na Polícia Militar, a 2ª Companhia/20º Batalhão de Polícia Militar;" [...] (BRASIL, 2012, não paginado.)

Um estudo sobre essa atuação policial nos bairros Jurunas e Batista Campos, portanto, analisa a determinação formal da 4ª AISP da 1ª RISP. Contudo, apesar de não haver alteração formal da Resolução, o policiamento da Batista Campos deixou de ser realizado pelo 20º BPM, como foi informado por um dos policiais entrevistados.

Segundo outro agente entrevistado, em 2018, ocorreu uma permuta entre os bairros de Canudos, bairro considerado periférico e que era da jurisdição do 2º BPM, e a Batista Campos. Esse entrevistado justificou que a mudança foi realizada porque a Batista Campos teria perfil semelhante ao dos bairros policiados pelo 2º BPM, enquanto o bairro de Canudos se assemelhava aos demais bairros do 20º BPM. Essa alteração não foi realizada em âmbito formal na Resolução 185/2012 do CONSEP, mas com uma portaria circulada apenas no âmbito institucional da PM[8].

Assim, a Batista Campos passou ao policiamento do 2º BPM, mais especificamente da 2ª Companhia (Cia.), conjuntamente aos bairros de Nazaré e Umarizal, igualmente considerados nobres e urbanizados, enquanto o Jurunas permaneceu sozinho com o policiamento da 2ª Cia. do 20º BPM.

Essa descrição está presente no art. 5º, § 2º, I e II, da referida Resolução. Portanto, o policiamento do bairro da Batista Campos é feito atualmente pela 2ª Cia. do 2º BPM, que executa as atividades no âmbito da 2ª AISP.

> "§ 2º A 2ª AISP englobará os Bairros de Canudos, Fátima, Nazaré e São Brás.
>
> II – as Unidades de atuação da 2ª AISP serão as seguintes:
>
> a) na Polícia Militar, a 2ª Companhia/2º Batalhão de Polícia Militar;" [...] (BRASIL, 2012, não paginado.)

Houve, portanto, uma adaptação da norma legal a partir da prática do trabalho policial, chamando atenção por destacar como a práxis da instituição vai além dos limites formais, como as disposições da resolução, valorizando o empirismo e colocando a expertise do agente como determinante para a ação policial. As observações práticas do trabalho policial motivaram mudanças na estruturação e divisão das jurisdições por questões estratégicas do policiamento.

8. Isso explicaria o fato de que a Resolução 185/2012 do CONSEP nunca ter sido alterada e nem haver uma menção a essa portaria interna da PM-PA, que se trata de uma publicação interna da instituição e que não é divulgada e nem cedida para a presente pesquisa.

Em outros estados, também houve esse tipo de delimitação. No estado da Bahia, inclusive aconteceu a divisão da capital em AISP pelo Decreto 13.561, de 2 de janeiro de 2012. No art. 2º, há uma clara disposição que demonstra a finalidade de implementação desse modelo de policiamento.

> "Art. 2º As Áreas Integradas de Segurança Pública – AISP são agrupamentos de segmentos territoriais, formadas por municípios, distritos municipais ou bairros, consideradas para a definição de princípios, métodos e procedimentos nas ações de polícia judiciária, polícia ostensiva e perícia, com o objetivo de aumentar a eficiência policial, mediante a prestação de serviços de segurança pública com qualidade e custos adequados." (BAHIA, 2012, não paginado)

Perante esse conceito e os objetivos de uma AISP, seria cabível a justificativa do policial do 2º BPM para a permuta entre Canudos e Batista Campos. Sendo uma área cujo objetivo é a implementação de um policiamento integrado, bairros com perfis semelhantes presumidamente são mais bem policiados quando reunidos sob a mesma AISP, justificando a separação dos bairros do Jurunas e da Batista Campos, que são de perfis bem diferentes.

Essa relevância das características territoriais, objetivas e subjetivas, na delimitação da área de atuação, já antecipa a diferença também no policiamento de uma AISP que contivesse dois territórios tão diferentes, ainda que limítrofes, como o Jurunas e a Batista Campos. É evidência do impacto do elemento territorial na atividade policial e como este altera as dinâmicas de atuação conforme o local.

Deste modo, presume-se que o planejamento e as estratégias da atuação policial já demonstram uma polícia que atua a partir de uma divisão ordenada do território, de suas similitudes e diferenciações, englobando as pessoas e os grupos que estão presentes nas áreas que atuam.

O fator territorial, portanto, compõe a atividade policial e direciona sua atuação. O território igualmente representa um elemento de vulnerabilização, remetendo ao perfil da instituição policial como descrito pela criminologia crítica, de uma entidade de controle social, direcionada por marcadores sociais da diferença.

Esse impacto, por sua vez, gerará diferenciações em aspectos mais subjetivos da atuação, que foram percebidos por meio das entrevistas realizadas com os agentes que atuam no Jurunas e na Batista Campos. É o que será detalhado no tópico seguinte.

5. A busca da mancha: aspectos de diferenciação na atuação da Polícia Militar

Nesta seção, o objetivo a ser alcançado é destacar os pontos que se sobressaíram na análise da atuação pelo conteúdo das entrevistas. Por meio desses tópicos que surgiram durante as conversas com os agentes, foi possível perceber diferenciações no trabalho realizado no bairro periférico e no bairro nobre.

Foi identificado um conflito entre o conteúdo desses tópicos relatados e analisados com o discurso oficial da segurança pública. Entre esses tópicos, foi possível enxergar a diferenciação na organização, na estruturação, na distribuição do quantitativo de agentes

e viaturas, nos delitos registrados, nas estratégias adotadas, nas formas de suspeição dos agentes, nos perfis dos selecionados e nos territórios onde se registram delitos.

Por questões metodológicas, a diferenciação da atuação policial em áreas periféricas e nobres será analisada a partir de apenas alguns desses aspectos. A escolha dos elementos que aqui serão abordados foi feita a partir do maior destaque que as diferenciações tinham na comparação do conteúdo falado pelos agentes entrevistados.

Diante disso, as subdivisões a seguir trazem a análise para três desses campos: os tipos de delitos registrados, a organização e as estratégias do policiamento e a abordagem e suspeição.

5.1. A organização e as estratégias de policiamento: fatores objetivos carregados de subjetividade

As diferentes configurações entre os dois bairros exigem que a organização da PM seja adaptada para a realidade daqueles territórios, fruto das relações entre os marcadores sociais naquele espaço. É possível visualizar que a diferenciação ocorre desde níveis essencialmente formais, como organização e estratégias de policiamento.

O primeiro desses elementos organizacionais concentra a questão do quantitativo dos agentes para cada uma dessas áreas. Durante as entrevistas, foi relatado que, em média, 50 policiais, aproximadamente 12 policiais por turno, cuidavam somente do Jurunas. Na Batista Campos, que divide policiamento com os bairros do Umarizal e Nazaré, o total de agentes é de aproximadamente nove policiais. Com uma maior quantidade de bairros, o quantitativo de agentes da 2ª Cia. é significativamente menor, ou seja, há uma menor concentração de policiais em territórios considerados nobres.

Os fatores que causam essa diferenciação levam em consideração o tamanho dos bairros, a quantidade de habitantes, o perfil do bairro conforme a concepção da própria PM, bem como a quantidade de delitos registrados naquele bairro, a chamada mancha criminal[9], que inspira o título deste item.

Embora vários tenham mencionado a mancha, um dos entrevistados mencionou de forma bastante didática:

> "R.: Existe uma análise criminal, que é baseada no SISPE, que é da SEGUP, que é a partir de boletins de ocorrência que são gerados, né dos delitos que são cometidos na área e é a partir dessa análise criminal, dessas ocorrências que a gente consegue ter a mancha criminal, que seria o local com mais incidência de delitos."

Um dos entrevistados mencionou que a mancha possui maior intensidade no bairro do Jurunas do que na Batista Campos, estimulando a organização de um maior efetivo destinado para esse espaço de agentes e de viaturas.

9. Essa expressão, conforme se percebeu do conjunto das entrevistas, significa a intensidade da ocorrência de crimes em uma determina região ou área. Quanto maior a mancha, maior a incidência de delitos registrados naquele local. Normalmente, são representadas por meio de mapas de áreas quentes (*hotspots*), cujas manchas são indicadas pela coloração mais avermelhada, daí a ideia do termo "mancha".

O quantitativo, em que pese determinado por uma comunhão de fatores, possui uma finalidade específica não explícita: controle social especializado. O quantitativo é uma forma de organizar e direcionar a PM, facilitando o controle social de grupos vulnerabilizados. A polícia, dentro do bairro elitizado, serve para manter os *outsiders* sob vigilância. No bairro periférico, a polícia mantém os *outsiders* naquele espaço.

Há uma representação do senso comum, ilusória, de periculosidade do bairro periférico, necessitando de mais agentes que, supostamente, garantiriam mais segurança, mas ocorre que somente facilita o registro de delitos.

É um ciclo vicioso entre a utilização da agência policial para garantia da segurança e o aumento dos registros de delitos e o controle social de grupos vulnerabilizados. Loïc Wacquant (2005) identifica uma relação de marginalidade avançada, em razão desses territórios configurarem clausura e exílio socioespacial para a classe trabalhadora e categorias etnorraciais vulnerabilizadas. A periferia se configura como local de controle e contenção dos marginalizados, de populações consideradas inferiores pelo aparato policial.

> "Saturar bairros marcados pela exclusão social com agentes policiais, sem melhorar as condições e opções de vida e de emprego de seus residentes, certamente levará a um aumento de prisões e condenações, e, ao fim, ao crescimento da população encarcerada." (WACQUANT, 2008, p. 100.)

A organização da atividade policial de modo geral, então, é influenciada pelo território e suas características subjetivas, formadas mediante relações de poder, o que gera e justifica a percepção da atuação diferenciada entre os bairros analisados.

No campo do planejamento das estratégias, é preciso esclarecer que as escolhas destas também decorre das relações de poder que forjam as dinâmicas territoriais. Um dos entrevistados no 2ª BPM mencionou que a escolha da estratégia de policiamento é conforme a necessidade e o perfil dos lugares. Por exemplo, este entrevistado mencionou a técnica do comboio, utilizada para reforçar a força e a autoridade da PM.

Com a sistematização das informações mencionadas pelos entrevistados, elencam-se as estratégias utilizadas em ambos os bairros conforme seu conceito e utilidade.

Quadro 1 – Estratégias de policiamento

Estratégia	Consiste em
Policiamento ponto a ponto	Agentes policiais parados em um ponto específico, em vigilância
Incursões	Policiais cobrindo território a pé, principalmente, em regiões de difícil acesso para viaturas
Saturações	Viaturas realizando rondas nas áreas patrulhadas em determinados horários

Estratégia	Consiste em
Ponto básico estratégico (PBE)	Viatura parada em um determinado ponto específico onde há alta incidência de delitos (mancha criminal) e em determinados horários[10]
Bloqueio	Utilizado somente em casos de necessidade específica, tendo em vista que consiste na imposição de barreiras em lugares estratégicos
Comboio[11]	Utilizado para reforçar esse poder ostensivo por meio da passagem de dez ou 11 viaturas trafegando em cadeia

Fonte: elaboração própria.

Apesar de parecerem questões formais, em verdade, esses aspectos são produtos das relações entre os fatores de classe, raça e território. Durante as entrevistas, foi possível perceber que o perfil de cada um dos bairros determina a melhor forma de organizar (seja em número de efetivo, de viaturas, de quantidade de bairros por Cia.) e quais as estratégias adequadas para a "garantia da segurança pública e o combate ao crime".

A escolha das estratégias é influenciada pelos resultados da análise criminal semanal (a mancha). Esses dados estatísticos contendo localização, tipo e circunstâncias dos crimes embasam a programação semanal das estratégias de policiamento.

A primeira decisão é a opção por um policiamento em rondas ou estático. Um entrevistado mencionou que as rondas são a estratégia padrão. Somente em situações de alta incidência, em horários específicos, considera-se o policiamento estático, como o PBE em locais e horários determinados.

> "P.: E como é esse policiamento? Vocês colocam uma viatura num ponto específico? [...]
>
> R.: Se a mancha criminal indicar lá como o local que mais tem roubo, a gente bota lá o policiamento. Mas a viatura (VTR) não fica parada, entendeu? Existem dois tipos de policiamento que a gente faz com a viatura, que são as rondas e o policiamento estático.
>
> Esse policiamento estático é quando é local com muita incidência de roubo, num horário específico, a gente coloca uma VTR parada lá. Se não houver necessidade de ficar estático, ela vai ficar em rondas."

10. Uma das comprovações de que essas estratégias seguem a lógica das densidades dos territórios é que o entrevistado mencionou que existe um PBE fixo no bairro de São Brás, mesmo que a mancha seja atualizada semanalmente. A retirada desse PBE provocava imediato aumento de registros de delitos. É uma especificidade do bairro e que influencia um controle social constante pelo policiamento.
11. Essa estratégia representa um reforço da autoridade da PM e não configura repressão direta. Todavia, representa o controle social mediante a imposição de força simbólica. Surgiu depois da percepção de uma perda do poder ostensivo da viatura, ou seja, diminuição da capacidade de passar sensação de segurança ou de inibir delitos.

No policiamento do Jurunas, houve a divisão em subsetores para se definir a melhor estratégia, como onde se encontra mais roubo a transeunte, adota-se a realização de rondas; onde se registra mais tráfico, o PBE é mais indicado.

A utilização de motocicletas (no jargão, *mikes*) ou de bicicletas ou mesmo do policiamento ponto a ponto representam também escolhas direcionadas pela densidade das áreas. Por exemplo, um policial mencionou a extinção do policiamento ponto a ponto e de bicicletas no Jurunas em razão de execuções e ataques a bases da PM, evidenciando a mudança a partir da dinâmica daquele território. Essas estratégias também podem ser utilizadas em horários de pico para facilitar o deslocamento dos agentes no contrafluxo do tráfego.

Nos territórios, existem diferenças de densidade, ou seja, "maiores ou menores concentrações de serviços, informações e também 'a maior ou menor densidade de leis, normas, regras reguladoras da vida coletiva' [...] 'a serviço das forças hegemônicas e do Estado definindo realidades espaciais, aprofundando desigualdades" (BATISTA, 2011, p. 105). Desse modo, a densidade desses territórios, nobres ou periféricos, é determinante para a organização da PM cumprir suas finalidades, reais ou declaradas.

Apesar das falas de que o policiamento do Jurunas precisava ser mais complexo, concluiu-se que isso reforça a percepção social determinada da periferia criminógena, perigosa e dominada pela criminalidade. Reforça também a intensificação do controle social estimulado pelo medo e pela violência pela PM, que é direcionada para controlar, em nome dos interesses do grupo dominante, pessoas pobres e negras que se encontram concentradas em territórios marginalizados.

A experimentação da violência e da insegurança, principalmente depois do processo de redemocratização, criou uma cultura de medo constante, supervalorizando o direito à segurança (SINHORETTO; LIMA, 2015, p. 120). Isso estimulou a presença mais intensa da PM nos espaços. O espaço é seguro quando a elite assim se sente, gerando uma proteção a qualquer custo.

Segundo Judith Butler (2020, p. 6), a paranoia branca formada por esse contexto de constante medo do crime e da violência praticada pelo considerado "outro" (não branco) forma uma concepção de que somente se está protegido pela presença da polícia. Isso estimula a posição das polícias, entre elas a PM, serem protagonistas da segurança pública, limitando esta noção à ideia de policiamento.

Identifica-se, também, um protagonismo do bairro periférico na organização da PM, que concentra suas atenções com maiores investimentos nessas áreas. O policiamento na periferia serve para a manutenção da população negra e pobre atrelada a um espaço de controle e para a garantia da ordem social. No bairro nobre, concentram-se políticas de controle da população marginalizada, mas que demonstrem e gerem a sensação de segurança esperada pela elite rica e branca.

A partir do que ensina Marcos Rolim (2021, p. 3), o policial é mais "guerreiro" no contato com a população periférica, negra e pobre e mais "guardião" com a elite branca, rica e centralizada.

5.2. Delitos bem delimitados: a dualidade entre drogas e o patrimônio

Decorrentes da forma que a PM se organiza nos territórios, os delitos registrados também surgem das dinâmicas da instituição com os marcadores sociais de raça, classe e território, que ainda retroalimenta a escolha das estratégias utilizadas. Até a forma como um delito ocorre impacta nessa escolha de estratégia.

Os agentes do bairro da Batista Campos se ativeram a um padrão percebido de delitos. Todos identificaram o crime patrimonial como mais percebido no bairro, especialmente o roubo e o furto. Ainda que esses crimes ocorram em áreas com maior circulação de pessoas e nas proximidades de regiões comerciais, há pouca mudança, caracterizando bastante o cometimento contra transeuntes.

Somente dois dos entrevistados do 2º BPM, da Batista Campos, mencionaram a ocorrência de outros tipos delitos, mesmo que de maneira bastante excepcional. Foram mencionados registros de perturbação do sossego e raros casos de "Maria da Penha", ocorrências de violência doméstica contra as mulheres. Apenas um mencionou uma pequena ocorrência de tráfico na região do Horto Municipal[12].

Um bairro nobre tem uma grande preocupação com a proteção do patrimônio, móvel ou imóvel. Protege-se o patrimônio daqueles cuja vida é marcada pelo patrimônio. Segundo Zaffaroni (2011, p. 47), são crimes que a elite rica e branca tem maior contato e que ameaça algo que lhe é muito precioso. A repressão maior a esses crimes também ocorre por ser o crime mais visível que acontece na área, mais facilmente repreendido pela PM e mais divulgado na mídia.

O Jurunas é marcado pela repressão ao tráfico de drogas. Existem registros de outros crimes, como os patrimoniais, contudo, o delito de tráfico se sobressai. Há alguns anos, o homicídio aparecia muito nos registros do Jurunas, conforme mencionaram alguns dos entrevistados, mas o índice de acontecimentos tem caído, fazendo sobressair o tráfico. Um policial mencionou também a ocorrência de violência doméstica.

> "P.: [...] Principalmente no bairro do Jurunas, qual o crime que você mais percebe que acontece?
>
> R.: Na área do Jurunas, o que a gente mais percebe é roubo a motorista de aplicativo e pequenos furtos em estabelecimentos, paradas de ônibus. E tráfico também.
>
> P.: Pelo menos no bairro do Jurunas, qual é o principal crime que vocês percebem ocorrendo nesse bairro?
>
> R.: Violência doméstica e roubos. Inclusive hoje a gente teve um caso de violência doméstica.
>
> P.: Mas é roubo, roubo mesmo, ou roubo e furto?
>
> R.: Roubo e furto, pra ser mais específico."

12. Área arborizada que fica localizada nas proximidades da fronteira entre os dois bairros aqui estudados existente desde 1897. Hoje o Horto Municipal chama-se Praça Milton Trindade, em homenagem ao Senador da República que lhe empresta o nome.

No caso dos crimes patrimoniais que ocorrem no Jurunas, a polícia destaca diferenças sobre o que acontece na Batista Campos. Ressalvou-se que o bairro do Jurunas é dividido em subáreas, portanto, cada área desenvolve um perfil de crime patrimonial. O exemplo mais comumente mencionado pelos entrevistados é o roubo/furto a transeunte na área portuária, haja vista a circulação de pessoas na região e da quantidade de rotas de fuga. Já mais próximo à Batista Campos, mas ainda no Jurunas, o perfil do crime patrimonial mudava para o furto a residências ou estabelecimentos comerciais.

Outra diferença destacada é que, na Batista Campos, ocorre mais furto, portanto, sem o uso da violência. Já no Jurunas, o roubo tem uma incidência maior, marcado pela violência. Portanto, mais próximo ao bairro de elite, altera-se a percepção para uma menor presença da violência e um menor registro de tráfico. É um forte impacto das configurações do território, comprovando que o medo que a elite branca e rica tem da violência é construído por fatores externos à vivência do bairro nobre.

A própria repressão ao tráfico de drogas traz em si a finalidade de controle e repressão da população negra, pobre e periférica. É atualização racista para manutenção dessas pessoas em posições subalternizadas. Segundo Michelle Alexander (2017, p. 51), a política de guerra às drogas, em verdade, surgiu como uma atualização do sistema de leis de segregação racial, como o Jim Crow[13], nos EUA. Evandro Piza Duarte e Felipe Freitas (2019, p. 38), no Brasil, enxergam o sistema penal como uma atualização do modelo escravista, que mantém a população negra e pobre no patamar mais baixo da hierarquia racial e social pela "guerra às drogas".

Assim, uma diferenciação das dinâmicas é que a atuação da PM se adapta à realidade do território em que se encontra. O policial do Jurunas é considerado "mais sangue nos olhos", mais incisivo, segundo um dos policiais entrevistados, o que decorre dessa repressão ao tráfico, com a mentalidade de guerreiro e o contato com uma população marginalizada, cuja violação de direitos causa pouco impacto na opinião social.

O policial da Batista Campos, em que pese selecione indivíduos negros e pobres, tem a função de controlar esses indivíduos à vista da elite, que supervaloriza o patrimônio. Os indivíduos marcados pelas características do território periférico no corpo, como a cor da pele, o jeito de andar, as vestimentas e o restante do estereótipo também são os alvos aqui, uma vez que transitam em local que não lhes pertence socialmente, gerando suspeita, próximo elemento da análise da diferenciação.

5.3. Mais sangue nos olhos: a abordagem e a suspeição na rotina do policial militar

Na análise comparativa entre a atuação da PM no Jurunas e na Batista Campos, um dos elementos de maior destaque na atividade é a suspeição na abordagem policial.

13. O Jim Crow foi uma política de segregação racial nos Estados Unidos da América (EUA) entre os anos de 1876 e 1965. Legalizou práticas segregacionistas nos Estados do sul baseado no lema "separados, mas iguais", garantindo um ostracismo racial em escolas, restaurantes, banheiros, cinemas, transportes e outros espaços (ALEXANDER, 2017, p. 77).

Os agentes entrevistados deixaram evidente uma diferenciação de abordagem entre bairros nobres e periféricos.

Um dos policiais entrevistados no 2º BPM mencionou que o padrão da abordagem no bairro periférico se configura como mais enérgico, ao contrário das realizadas no bairro nobre. Ele relatou que até mesmo falar "palavrão" é marca do bairro periférico, mas que não ocorria no bairro da Batista Campos.

A entrevista realizada com esse policial foi essencial para compreender essas diferenciações, tendo em vista que ele encerrou sua fala destacando que a principal distinção entre os agentes do Jurunas e da Batista Campos era que aqueles eram policiais "mais sangue nos olhos", ou seja, enérgicos e incisivos.

Além dos padrões, os alvos dessa abordagem evidentemente são diferentes. A decisão de abordar decorre de algumas características ou situações, o que contribui para a formação do estereótipo do criminoso. Em mais um momento, se encontra evidenciada a presença de marcadores socais da diferença na atuação policial.

As falas dos agentes, em sua maioria, carregavam, em si, a finalidade de negar a seletividade racista e subjetiva, apelando para exemplos de situações supostamente objetivas, mas que configuravam disfarces para elementos subjetivos decorrentes de uma subjetividade desigual.

Nenhuma fala entre os agentes, por exemplo, soube descrever uma ocorrência de uma abordagem a uma pessoa da elite. De maneira mais genérica, havia justificativas de haver abordado pessoas brancas, relacionando o incômodo delas com a abordagem e compreensão depois da constatação de não haver irregularidade.

Quando questionados acerca da percepção de um padrão entre as pessoas selecionadas, houve dois tipos de resultados: um com a identificação do estereótipo com o homem jovem, negro, pobre e com baixa escolaridade; o segundo com a negativa da existência de um padrão, alegando inexistência de seletividade discriminatória.

Os agentes afirmam que a decisão de abordar as pessoas decorre de uma denúncia da população ou de um conjunto de fatores que, somados, formam o que se rotula como atitude suspeita, daí não se configuraria uma mera subjetividade. Na perspectiva desses entrevistados, não se trataria de racismo, classe social ou território, mas sim de relações de fatores. "R.: É todo um cenário que envolve a abordagem. A abordagem ela não é do nada assim. Todo um cenário e aí que tem que abordar *pô*. Alguma coisa não tá batendo ali."

Um dos conceitos mais importantes nessas entrevistas foi o de tirocínio, mencionado por alguns agentes. É conhecimento empírico, prático apreendido por meio da práxis da atividade policial. Visa reconhecer situações que configuram ou não a chamada atitude suspeita.

> "P.: Como é a expressão?
>
> R.: Tirocínio policial.
>
> P.: Tirocínio.
>
> R.: É com o tempo, entendeu? Com o tempo de serviço que tu consegue saber quando a pessoa tá com atitude suspeita ou não. [...]

> R.: [...] O que é o tirocínio? É o policial perceber, é o policial olhar para aquele cidadão e ver que tem alguma coisa que não tá normal, que não tá normal, que não tá batendo."

O tirocínio é aprimorado nas ruas, mas também tenta ser repassado teoricamente durante o curso de formação, mencionou um dos agentes.

> "R.: [...] Olha, a gente, devido ao nosso curso de formação, o CFSD – Curso de Formação de Soldados, quem entra como praça, no caso, que hoje é o CFP – Curso de Formação de Praças, e também quem entra no CFO, né, pra oficiais, a gente estuda muito a respeito do tirocínio onde são nos passados vários vídeos, exemplos, a gente faz na prática durante o curso. E, após o curso, após a formação, a gente traz essa vivência pra rua." [...]

Segundo Duarte e Freitas (2019, p. 158), há intensa discricionariedade na prática da atividade policial, portanto, uma forte influência da subjetividade dos agentes passa para a atuação profissional. Em uma sociedade estruturada pela desigualdade de classe, raça e território, as estatísticas demonstram esse mesmo perfil de pessoas vulnerabilizadas sendo encarcerado, violentado ou até assassinado em ações policiais.

O sentimento racista perpassa por situações aparentemente neutras e as racializa, ou seja, a suposta objetividade de uma situação, relatada por muitos dos entrevistados, em verdade, representa uma justificativa-disfarce para a reprodução de estruturas hierárquicas por meio da abordagem policial.

Foi possível perceber, pelas entrevistas, que a suspeição não decorre de elementos objetivos. Em verdade, vem da condensação simultânea de elementos objetivos a subjetivos, como marcadores sociais. Portanto, a suspeição é uma categoria na qual muita subjetividade é maquiada para se assemelhar a uma lógica de aparente neutralidade. Os agentes da PM assimilam essas suspeitas de forma bastante limitada a alguns estereótipos. Por exemplo, o território periférico é uma região de suspeição. Nele são racializados comportamentos e, muitas vezes, criminalizados.

Dois policiais informaram que o conhecimento prévio acerca da área, sabendo os pontos de venda de drogas, por exemplo, levantam a suspeita para essas regiões. Alguns agentes citaram a entrada de carros fortemente peliculados, ou que estejam muito rebaixados (pelo peso do transporte de drogas) ou mesmo pessoas paradas em lugares que não se costuma parar como situações de suspeição nas áreas já conhecidas.

Percebe-se que, em que pese rotuladas de suspeitas, as hipóteses mencionadas não configuram motivo suficiente para suspeição. Isso torna mais evidenciado o papel do território e dos demais marcadores sociais na composição da atuação policial como formadores de estereótipos.

A própria vinculação do território periférico ao delito de tráfico de drogas e a suspeição das periferias e das pessoas negras já representa uma subjetividade que reproduz hierarquias raciais. A repressão às drogas configura uma estratégia sofisticada e aparentemente legítima de controle sociorracial, referendada pelo Poder Judiciário (DUARTE; FREITAS, 2019, p. 171), que valida abordagens discricionárias, autoritárias e não embasadas em uma suspeita razoável.

Um dos entrevistados explicou o "choque", termo do jargão para o susto que se toma ao ver a viatura. A suspeição nesses casos segue o "quem não deve, não teme", afirmativa genérica e supostamente objetiva, mas gera seleção realizada com base mais em elementos subjetivos, muitas vezes, nem percebidos ou compreendidos pelos agentes.

> "R.: [...] A gente já abordou diversas pessoas assim que ficaram nervosas, mas pelo fato de nunca ter sido abordada pela polícia, né? Mas, inclusive, o que eu te falo é da situação da pessoa levar o choque, de avistar a viatura e aí aquele famoso ditado 'quem não deve, não teme'. Um exemplo, você tá andando, você é um rapaz de bem, homem de família e tudo o mais, não tem porque você dá um choque ao visualizar, avistar a viatura ou um policial de moto ou alguma coisa do tipo."

No pensamento de Judith Butler (2020, p. 4-5), percebe-se a disposição racista do visível, ou seja, de como a paranoia branca de medo racial, contra não brancos, enxerga a realidade através de um medo e suspeição materializada no corpo negro. Naturaliza-se a suspeição contra negros, ainda mais pelas relações com o elemento territorial. No centro, suspeita-se porque a pessoa não pertence à elite branca centrista; na periferia, controla-se o corpo para não gerar medo na elite dominante.

A suspeição, portanto, tem firmado a imagem do corpo negro, pobre e periférico como origem da violência. Da mesma forma, contra esses grupos, há uma maior tolerância e naturalização da violência e o controle físico dos corpos negros, pobres e periféricos ou de seu extermínio, uma vez que estes são desumanizados e seus corpos, atingidos (FREITAS, 2020, p. 91).

O negro, no território periférico, marcado em seu corpo, é envolvido com o crime (CECCHETTO; MUNIZ; MONTEIRO, 2018, p. 99). O corpo é ligado ao território aonde quer que vá e o território, periférico, é rotulado como dominado pelo crime. O vínculo do indivíduo com o espaço o torna um suspeito natural. Isso facilita a criação, manutenção e perpetuação de estereótipos raciais e territoriais na concepção de suspeito. Portanto, por mais que se afirme uma objetividade do tirocínio apreendido e que evita suspeitas subjetivas, percebeu-se que a subjetividade está bem mais entranhada nos agentes do que parece, sendo quase indissociável a filtragem racial.

A diferenciação das dinâmicas de abordagem e suspeição na atuação da PM no Jurunas e na Batista Campos evidencia que o tirocínio é construído para cada território e auxilia na seleção do mesmo perfil de indivíduo nos dois territórios: no periférico, a suspeição naturalizada e validada posteriormente; no central/nobre, realoca aqueles que não pertencem àquele espaço (não brancos) ao território periférico.

O estereótipo de indivíduo para a seletividade é construído a partir de subjetividades referentes à classe, à raça e ao território. Gisela Wanderley (2017, p. 7) conclui que a rotulação do suspeito representa a utilização da abordagem policial como um instrumento de higienização, filtrando indivíduos aptos a circularem na cidade.

A PM diferencia o tratamento, a atuação e as interações dos espaços que são construídos como centrais/nobres e urbanizados daqueles que são vistos como periféricos, criminógenos e desvalorizados. As diferentes dinâmicas de atuação em territórios diversos mostram que a PM promove um discurso objetivo de proteção da segurança pública, mas, na prática,

se mantém como uma estratégia de controle e de manutenção das hierarquias sociais, raciais e territoriais.

6. Considerações finais

Ao final, pode se observar de forma contundente a diferenciação na atuação da Polícia militar entre o Jurunas e a Batista Campos. A partir do estudo de dois bairros da cidade de Belém, no Estado do Pará, pode-se perceber o território como um marcador social da diferença. Notou-se que este é indissociável das questões de raça e classe social, uma vez que estes fatores se coadunam na estruturação social, hierarquizando indivíduos e territórios a partir da desigualdade.

Pode-se observar também a compreensão da instituição policial e, mais especificamente, da PM como agência de controle do sistema penal. Destacou-se seu papel declarado de protetora de bens e direitos em contraposição a seu papel real de instrumento de controle social conforme os interesses de grupos dominantes sobre grupos vulnerabilizados.

Foi a partir dessa análise comparativa que foi possível a compreensão de como essa atuação se diferencia entre os bairros. Concluiu-se que a atuação da PM, das polícias de modo geral, diferenciar-se-á conforme os marcadores sociais que impactem nessa atuação. Com a análise a partir do elemento territorial, notou-se o policiamento da periferia mais intenso e concentrado, enquanto no bairro central/nobre era menos repressivo e recaía em população da periferia que se encontrava no bairro.

Com a análise comparativa, destacaram-se algumas searas dessa atuação em que mais se evidenciava a distinção da atuação. A partir das entrevistas, explicitava-se a distinção nos delitos repreendidos, nas estratégias utilizadas e nas abordagens e suspeições de cada espaço, entre outros fatores que compõem a atuação policial que, pelo recorte metodológico, não foram abordados no presente trabalho.

Identificou-se um delito que mais recorrentemente se atribuía ao bairro periférico, como o tráfico de drogas ou, então, formas de praticar determinados crimes mais ligados ao bairro nobre, como o assalto (roubo ou furto) a residências ou a transeuntes. O crime era esperado conforme o território em que se estava, o que impacta na estratégia adotada e na construção da suspeição.

O próprio quantitativo é um elemento que se leva em consideração para determinar a atuação, como foi visto com a centralidade do conceito de mancha criminal para a organização da atividade. É um elemento aparentemente objetivo, mas que carrega a subjetividade da seleção criminalizante secundária disfarçada de estatística.

As estratégias utilizadas também apresentaram variabilidade conforme as condições territoriais em que a PM realizava o trabalho. Nas áreas de maior movimentação, como a área portuária do Jurunas, foi adotado o policiamento motociclístico para facilitar o deslocamento no contrafluxo do tráfego. A dinâmica territorial de funcionamento do bairro era a principal forma de escolha da estratégia considerada mais eficiente para o espaço.

Por fim, os critérios de consideração de circunstâncias suspeitas também se diferenciaram conforme o bairro. Todavia, este é o elemento em que mais se percebe a indissociabilidade

do elemento territorial dos marcadores de classe social e, principalmente, raça. As suspeições e as abordagens, frutos da maior discricionariedade da atuação policial, reproduzem hierarquias sociais desiguais, de modo que facilitam e mantêm a seleção do mesmo perfil de criminoso: o negro, pobre e periférico.

Este perfil aparece tanto no bairro nobre quanto no periférico, mas com finalidades diferentes. No bairro nobre, para repassar a sensação de segurança à elite branca e rica. No periférico, para manter os membros do grupo vulnerabilizado apartados e em posição inferior na hierarquia social.

Deste modo, o presente trabalho compreendeu a PM como um braço armado da elite nas ruas que, apesar de seu discurso objetivo, contamina seus agentes com subjetividades desiguais e funciona, na realidade, como instrumento de manutenção das estruturas sociais da desigualdade, uma vez que sua atuação, seccionada em inúmeros fatores, é estruturada a partir de marcadores sociais da diferença, em especial, raça, classe e, mais centralmente estudado aqui, território.

É preciso que se repense, então, uma reestruturação na organização e na formação das instituições policiais de forma geral. Um dos exemplos disso são os estudos e projetos acerca da desmilitarização da PM, que tenta retirar o aspecto de guerreiro do agente policial para um de guardião.

Outra forma de contribuir para tais mudanças é a compreensão do papel dos marcadores sociais da diferença na composição da nossa sociedade, bem como no impacto destes na atuação institucional, como o racismo, a segregação de classes e as dinâmicas territoriais.

Esse tipo de estudo contribui com um pequeno passo em direção ao aprofundamento dessas questões necessárias para se compreender melhor a atuação e as possibilidades de reestruturação de uma das polícias que mais mata e que mais morre no mundo.

7. Referências

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação*: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALVAREZ, Isabel Pinto. A produção e reprodução da cidade como negócio e segregação. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; VOLOCHKO, Danilo; ALVAREZ, Isabel Pinto (Orgs.). *A cidade como negócio*. São Paulo: Contexto, 2015.

AMADOR DE DEUS, Zélia. *Ananse tecendo teias na diáspora*: uma narrativa de resistência e luta das herdeiras e dos herdeiros de Ananse. Belém: Secult, 2019.

AZEVEDO, André Luiz Vieira de; CASTRO, César Rodrigues. *Integração territorial das Polícias Militar e Civil: uma proposta de criação de Áreas Integradas de Segurança Pública na cidade do Natal*. 2007. Monografia (Graduação no Curso Superior de Polícia) – Centro de Estudos Superiores da Polícia Militar do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

BAHIA. Decreto 13.561 de 2 de janeiro de 2012. Institui as Regiões Integradas de Segurança Pública – RISP, as Áreas Integradas de Segurança Pública – AISP no Estado da Bahia e dá outras providências.

BASTOS, José Olímpio. *Praça Batista Campos*: simplesmente bela (1904-2017). Belém: Marques, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. Curitiba. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 5, p. 103-125, 2011.

BELÉM. *Aspectos do Município de Belém*. Prefeitura de Belém. Disponível em: [http://anuario.belem.pa.gov.br/index.php/demografia-2/]. Acesso em: 30.03.2022.

BELÉM. Lei 7.806, de 30 de julho de 1996. Delimita as áreas de compõem os bairros de Belém, revoga a Lei n. 7.245/84 e dá outras providências.

BRASIL. Institue o Código de Polícia Municipal. Conselho Municipal de Belém. Leis e Resoluções Municipaes, p. 18-69, 1900.

BUTLER, Judith. Em perigo/perigoso: racismo esquemático e paranoia branca. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 46, e460100302, 2020.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: 34; Edusp, 2011.

CECCHETTO, Fátima Regina; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; MONTEIRO, Rodrigo de Araújo. "Basta tá do lado": a construção social do envolvido com o crime. Universidade Federal Fluminense – UFF. *Caderno CRH*, v. 31, n. 82, 2018.

CORRÊA, Roberto Lobato. Segregação residencial: classes sociais e espaço urbano. In: VASCONCELOS, Pedro de Almeida; CORRÊA, Roberto Lobato; PINTAUDI, Silvana Maria (Orgs.). *A cidade contemporânea*: segregação espacial. São Paulo: Contexto, 2016.

COUTO, Aiala Colares de Oliveira. *Do poder das redes às redes do poder: necropolítica e configurações territoriais sobrepostas do narcotráfico na metrópole de Belém/PA*. Universidade Federal do Pará. Núcleo de Altos Estudos Amazônicos. Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido. Belém, 2017.

COUTO, Aiala Colares de Oliveira. Necropolítica e racismo na construção da cartografia da violência nas periferias de Belém. *Revista USP*, v. 1, n. 129, p. 63-80, 2021.

DIAS, João Afonso Miranda. *Espaços da singularidade: manifestações múltiplas do cotidiano da Praça Batista Campos, Belém/PA*. Monografia (Especialização Internacional em Áreas Amazônicas) – Universidade Federal do Pará. Núcleo de Altos Estudos Amazônicos. Curso Internacional em cidades na Amazônia: história, ambiente e culturas. Belém, 2008.

DUARTE, Evandro Piza; FREITAS, Felipe da Silva. Corpos negros sob a perseguição do Estado: política de drogas, racismo e Direitos Humanos no Brasil. *Direito Público*, v. 16, n. 89, 2019.

FREITAS, Felipe da Silva. O que a gente quer que a polícia faça? Ódio e racismo no mandato policial no Brasil. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira (Orgs.). *Rebelião*. Brasília: Brado Negro, Nirema, 2020.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano*: ensaios, intervenções e diálogos. São Paulo: Zahar, 2020.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Classes, raças e democracia*. 2. ed. São Paulo: 34, 2012.

MAGNO, Cintia. Série documentários – Bairros históricos de Belém: Batista Campos. *Diário do Pará*, Belém, jan. 2021.

MANZONI, Alexandre. Raça e território: trincheiras de um conflito ontológico. *Revista Eletrônica de Interações Sociais*, Rio Grande do Sul, v. 4, n. 2, p. 82-94, jul.-dez. 2020.

MARICATO, Erminia. Urbanismo na periferia do mundo globalizado: metrópoles brasileiras. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo: v. 14, n 4, p. 21-33, 2000.

MEIRA FILHO, Augusto. *Evolução histórica de Belém do Grão-Pará*: fundação e história, 1616-1823. 2. ed. Belém: M2P Arquitetura e Engenharia, 2015.

MIRANDA, Cybelle Salvador et al. Santa Casa de Misericórdia e as políticas higienistas em Belém do Pará no final do século XIX. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 525-539, abr.-jun. 2015.

NASCIMENTO, Abdias do. *O genocídio do negro brasileiro*: processo de um racismo mascarado. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

PARÁ. Conselho Estadual de Segurança Pública (CONSEP). Resolução 185, de 19 de fevereiro de 2012. Aprova a delimitação circunscricional das Regiões Integradas de Segurança Pública – RISP, no Sistema Estadual de Segurança Pública e Defesa Social –SIEDS, e dá outras providências.

RODRIGUES, Carmem Izabel. *Vem do bairro do Jurunas*: sociabilidade e construção de identidades em espaço urbano. Belém: NAEA, 2008.

ROLIM, Marcos. Guerreiros ou guardiões? Notas sobre o conceito de polícia. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2021.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos lugares*: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço*: técnica e tempo. Razão e emoção. São Paulo: Edusp, 2006.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5. ed. São Paulo: Edusp, 2018.

SANTOS, Renato Emerson dos. Sobre espacialidades das relações raciais: raça, racialidade e racismo no espaço urbano. In: SANTOS, Renato Emerson dos (Org.). *Questões urbanas e racismo*. Petrópolis: DP et Alii; Brasília: ABNP, 2012.

SARGES, Maria de Nazaré. *Belém*: riquezas produzindo a *belle époque* (1870-1912). 3. ed. Belém: Paka-Tatu, 2010.

SARGES, Maria de Nazaré. Comunidades ibéricas e suas práticas culturais: Belém do Pará (séc. XIX/XX). In: FERREIRA, Arcângelo da Silva; MACIEL, Elisângela (Orgs.). *História, cultura, trabalho e instituições na Amazônia*. Manaus: Valer, 2021.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SINHORETTO, Jacqueline. LIMA, Renato Sérgio de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança e no controle do crime. In: *Contemporânea*. Dossiê Violência, crime e teoria social, v. 5, n. 1, p. 119-141, jan.-jun. 2015.

VALENTE, Júlia. *UPPs*: governo militarizado e a ideia de pacificação. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

VIEIRA, David Durval Jesus. Belém: sociedade e natureza (1897-1911). *Revista Territórios e Fronteiras*, v. 3, n. 2, jul.-dez. 2010.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade*: estudos sobre marginalidade avançada. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: FASE, 2005.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Filtragem racial na abordagem policial: a "estratégia de suspeição generalizada" e o (des)controle judicial da busca pessoal no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 135, p. 189-229, set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito Penal Brasileiro I*. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



Área do Direito: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As relações entre punição e estrutura social no Brasil: a prática de extermínio e o racismo como "modo de ser" do sistema penal, de Romulo Fonseca Morais – *RBCCrim* 139/247-276;
- Vigiar e punir 4.0: efeitos das tecnologias de policiamento preditivo e reconhecimento facial no Brasil e a perpetuação do racismo estrutural, de Fernanda Mateus Rosa da Silva – *RDTec* 16; e
- Violência policial, racismo institucional e o papel do poder judiciário: infelizes semelhanças entre Brasil e EUA, de Marllon Sousa – *RT* 1022/361-374.

Souza, Luanna Tomaz de; Fernandes, Antonio José Martins. "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 283-312. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515862].

Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha

Dispositive and structure matter: conceiving the Maria Penha law's mapping

Vinicius Ferreira Baptista

Doutor em Políticas Públicas (2016) e em Ciências Sociais (2023) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto do Departamento de Administração Pública desde 2014. Docente permanente dos Programas de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial e Políticas Públicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e em Ciência Política da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1519850039767968].
Orcid: http://orcid.org/0000-0002-8717-8332].
viniciusferbap@ufrrj.br

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515868].

Recebido em: 14.06.2023
Aprovado em: 10.10.2023
Última versão do autor: 11.10.2023

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente texto mapeia e analisa processos no âmbito da Lei Maria da Penha (LMP). Afastamo-nos de compreensões estritamente jurídicas e aplicamos a lógica da violência contra a mulher em três fases processuais de ações: (i) pré-violência; (ii) violência imediata; (iii) pós-violência. A originalidade está em uma proposta em três partes: (i) mapear os conceitos envolvidos; (ii) mapear as dimensões de operacionalização da lei; (iii) mapear o processo da Lei como um todo. Metodologicamente, nos pautamos no mapeamento de processos e utilizamos técnicas de construção de quadros e fluxograma e cotejamos com a literatura existente sobre a LMP. Destacamos as competências nos níveis

Abstract: This text maps and analyzes processes under the Maria da Penha Law (LMP). We move away from strictly legal understandings and apply the logic of violence against women in three procedural stages of action: (i) pre-violence; (ii) immediate violence; (iii) post-violence. The originality is in a proposal in three parts: (i) mapping the concepts involved; (ii) map the dimensions of the law's operationalization; (iii) map the Law process as a whole. Methodologically, we are guided by process mapping and we use frame and flowchart construction techniques and compare the existing literature on LMP. We highlight competencies at government levels; we delimited a procedural path; thirdly, we highlight

governamentais; delimitamos um caminho processual; em terceiro, balizamos os gargalos que se sobrepõem em maior evidência e que caracterizam aquele determinado processo. Ao mapear estes processos, demonstramos as evidências de fragilidades, tendo em vista a melhoria de processos na LMP. Desarticulação intergovernamental e intersetorial, fases desconexas, alto grau de discricionariedade na maior parte das etapas, são alguns dos indicativos percebidos. Trata-se de uma Lei operacionalizada conceitual e tecnicamente por pessoas em todas as suas fases, o que demanda capacitação e qualificação objetiva aos gargalos que dela decorrem. Ao mesmo tempo, a LMP necessita do envolvimento contínuo da sociedade na cobrança ao cumprimento da Lei e, não obstante, na cobrança das atitudes e mentalidades daqueles que a operacionalizam.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha – Implementação – Políticas públicas – Processos – Violência contra a mulher.

the bottlenecks that are more evident and that characterize that particular process. By mapping these processes, we demonstrate evidence of weaknesses with a view to improving LMP processes. Intergovernmental and inter-sectoral disarticulation, disconnected phases, high degree of discretion in most stages, are some of the perceived indicators. It is a law conceptually and technically operationalized by people in all its phases, which requires training and objective qualification for the bottlenecks that arise from it. At the same time, the LMP needs the continuous involvement of society in demanding compliance with the Law and, nevertheless, in demanding the attitudes and mentalities of those who implement it.

Keywords: Maria da Penha Law – Implementation – Public policies – Process – Violence against women.

Sumário: 1. Introdução. 2. A questão da implementação e dos processos nas políticas públicas. 3. A Lei Maria da Penha. 4. Resultados: mapeando os processos e a Lei Maria da Penha. 5. Pelo uso de evidências na melhoria de processos na Lei Maria da Penha. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Este[1] texto desenvolve o mapeamento do desenvolvimento da implementação da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha (LMP), à luz do mapeamento de processos escavando suas operações, fases, conceitos e atividades estruturadas. A originalidade está em uma proposta em três partes: (i) mapear os conceitos envolvidos; (ii) mapear as dimensões de operacionalização da lei; (iii) mapear o processo da Lei como um todo. Neste sentido, destacamos três fases da Lei Maria da Penha a partir da lógica da violência e que se articulam com os objetivos da Lei: prevenção, proteção e punição, respectivamente, as fases de pré-violência, violência imediata e pós-violência. Este recurso é tanto uma proposta descritiva quanto analítica.

A importância deste tema é justificada em duas frentes. Primeiro, o sentido crítico da violência. Os relatórios "Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil" e o

1. A pesquisa contou com financiamento por meio de bolsas do CNPq, da Faperj e da Capes.

"Anuário Brasileiro de Segurança Pública", ambos divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2023, destacam o aumento de registros de denúncias de violência contra mulheres ao longo de 2022, em especial, de feminicídio (6,1%), homicídios dolosos (1,2%), ameaças (7,2%), assédio sexual (49,7%) e importunação sexual (37%). Os documentos reforçam as hipóteses de desfinanciamento das políticas de proteção à mulher na gestão federal (2019-2022), a redução dos serviços de acolhimento e proteção às mulheres ao longo da pandemia de Covid-19, além de crescimento dos crimes de ódio da ascensão de movimentos ultraconservadores, com foco nas políticas de igualdade de gênero (FBSP, 2023b; 2023a). Uma quarta hipótese ainda levantada pelos documentos aponta o efeito *backlash*, ou seja, na medida em que com o alcance e alargamento de políticas de igualdade de gênero, ocorre reação de retorno ao *status quo.*

O documento "Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha" do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) de 2015 destaca que a LMP impactou no aumento do custo da pena para o agressor, bem como no empoderamento e nas condições de segurança para vítimas denunciarem e aperfeiçoou mecanismos jurisdicionais para melhor atuação da justiça criminal nos casos de violência doméstica. Os dois últimos indicam maior probabilidade de condenação, o que, na conjuntura dos três itens "fizeram aumentar o custo esperado da punição, com potenciais efeitos para dissuadir a violência doméstica" (CERQUEIRA, 2015, p. 32). Os autores criticam problemas crônicos como a não incorporação de homicídios ou a diferença de incidência territorial distinta ou dificuldades de execução da lei.

Não obstante, o sentido propositivo da política pública mediante LMP é evidente. Tal normativa se orienta pela coibição e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, bem como de acordos e tratados internacionais sobre o tema. Como o próprio inciso § 1º do art. 3º da LMP propõe: "O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." Deste modo, é função proeminente do Estado a criação de ações concretas acerca da situação crítica a que mulheres afetadas por conjuntura violenta que, no horizonte do art. 4º da LMP, observam "as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar". Desta forma, reforçamos a LMP como instrumento de política pública, na medida em que operacionaliza juridicamente políticas públicas de combate à violência contra a mulher.

Partimos da compreensão da violência contra a mulher na qual a relação de desigualdade de gênero se manifesta pelo poder do homem associado a uma "autoridade" em violentar a mulher, em que a construção desta violência é permeada por invisibilidade da subnotificação e desestímulo à denúncia, tal como os trabalhos de Saffioti (2004), Segato (2003), Bandeira (2014), Araújo (2008) e Garcia (2016) destacam na literatura pertinente. Estas subnotificações e invisibilidades da violência contra a mulher se constroem mediante a fragilidade dos instrumentos legais de prevenção, proteção e punição, mesmo diante do fato de a Lei Maria da Penha ser considerada uma das leis mais avançadas no tocante ao combate a esta forma de violência – o que denota não necessariamente ser uma lei ineficiente, mas

ser composta de mecanismos que demandam atenção quanto aos gargalos, como apontam Bonetti, Pinheiro e Ferreira (2016), Campos (2015a, 2015b), Sardenberg, Tavares e Gomes (2016), Losurdo e Barbosa (2017) e Garcia, Freitas e Höfelmann (2013).

Neste sentido, a fim de realizar a aproximação entre o Direito e a Administração Pública para conjugar o preconizado em Lei em relação à capacidade burocrática e administrativa, procuramos desenvolver análise processual acerca da aplicação da LMP em caráter de suas operações, fases, conceitos e atividades estruturadas (KUMAR; DHINGRA; SINGH, 2018; ROSWELL, 2018; DAVENPORT, 1993), de modo a considerar como um artigo é operacionalizado no entendimento jurídico e seu alcance administrativo prático da burocracia. Por outro lado, é basilar agregar os arranjos e instrumentos da ação pública (CARDOSO, 2020), suas interações (WEIBLE & CARTER, 2017), as determinantes de implementação (MEDEIROS & CAVALCANTE, 2018), que potencializam (STRUYK, 2007) ou impactam em falhas estruturantes (CHARBIT, 2011), de maneira a cotejar como as ações do Estado, por meio das políticas públicas espelhadas na letra fria da lei, são executadas com demais atores intergovernamentais ou intersetoriais. O objetivo em si é construir instrumento analítico para a melhoria dos processos das políticas (MATLAND, 1995) e apontar mecanismos de falha na efetivação de direitos (CAMPOS, 2015a, 2015b).

Em termos metodológicos, a escolha analítica parte da construção de categorias em Laurence Bardin (1977). As categorias são instrumentos os quais, mediante ordenação lógica, temporal ou léxica, permitem construir raciocínio sobre um tema. Pontuamos, a partir da proposta da LMP, três categorias conceituais: prevenção, proteção e combate à violência contra a mulher, de acordo com seu sentido propositivo descrito nas disposições preliminares do Título I. Na conjuntura de um ato violento, considerando a própria LMP e o Código Penal brasileiro, são possíveis três estágios processuais: (i) antes do ato (planejamento ou conjuntura); (ii) imediatamente ao ato (consciência do fato; (iii) pós-execução do ato (consequências do fato). Em leitura combinada das categorias, podemos construir um circuito analítico da violência contra a mulher a partir da execução processual da LMP na estruturação de ações e políticas públicas: (i) fase pré-violência, coadunando com medidas preventivas; (ii) fase de ocorrência imediata à violência, combinada com a lógica protetiva à mulher; (iii) fase de pós-violência e monitoramento, adjunta ao sentido de combate à violência.

Em seguida, estas categorias permitem analisar a leitura corrente da LMP em ordem de construção dos artigos e em ordem de execução delas. Em primeiro momento, é analisada pelas três fases e, ao final, é apresentado um fluxo da LMP em seu contorno conjuntural. Para analisar a LMP, partimos da concatenação de categorias analíticas de fluxo de mapeamento de processos, conforme referências dos parágrafos anteriores: (i) o instrumento, considerando suas atividades, fases e operações, ou seja, o modo e o meio como determinado artigo é operacionalizado; (ii) o gargalo, a partir das disfunções problemáticas apresentadas pela capacidade burocrática e administrativa de operacionalização; (iii) os devidos impactos diretos, ou seja, elementos que, visíveis diretamente como decorrentes de atos discricionários de execução da operacionalização; (iv) as consequências destes impactos no tocante à execução da LMP, bem como a elementos da conjuntura da violência pertinente à estrutura social.

Baptista, Vinicius Ferreira. Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 313-346. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515868].

Assim, dividimos o texto em cinco sessões, além desta Introdução. Primeiramente, destacamos a literatura pertinente às abordagens teóricas de políticas públicas referentes à implementação e os processos para uma crítica quanto aos mecanismos da LMP. Em seguida, apresentamos uma breve contextualização histórica e normativa da LMP. Posteriormente, mapeamos os processos da LMP considerando suas operações, fases, conceitos e atividades estruturadas. Com este esforço, demonstramos as evidências de fragilidades, tendo em vista a melhoria de processos na LMP. Por fim, apresentamos nossas considerações finais.

Como resultado da pesquisa, demonstramos que as fases que articulam a Lei Maria da Penha são críticas não apenas em sua concepção do que pretendem em cada momento, mas, por operacionalizar ações em cadeia a partir de mecanismos que, sendo mal executados, fragilizam a aplicação da Lei como um todo. Não obstante, é uma lei operacionalizada conceitual e tecnicamente por pessoas em todas as suas fases – o que demanda qualificação, capacitação e trabalho constante no aperfeiçoamento de mecanismos de mudança comportamental daqueles que operam o Direito para a sua efetiva garantia.

2. A questão da implementação e dos processos nas políticas públicas

Na conjuntura de operacionalização de uma Lei, há de se considerar que a letra fria da lei não necessariamente é interpretada literalmente no âmbito da execução, ou seja, um único artigo da LMP pode demandar fases e atividades que sejam desenvolvidas em sua execução. Deste modo, mapear um fluxo de processos a partir da lei demanda considerar alguns aspectos básicos. Primeiro, que um artigo implica fases e operações, ou seja, aspectos temporais (momentos contínuos ou não) e atividades burocráticas (sequenciais ou não) de execução de um ato, esteja este artigo articulado a outro ou não. Segundo, que um artigo pode demandar articulações com demais atores intergovernamentais ou intersetoriais, sobretudo arranjos, por exemplo, entre União, Estados e Municípios, ou entre polícias militares, guardas civis e agentes civis para determinadas ações. Deste modo, tal conjuntura conforma determinantes (causas ou potenciais causas) que orientam o sucesso ou falha de políticas, que podem situar elementos pontuais ou estruturais no alcance de uma política pública. É deste modo que propomos uma leitura da LMP como instrumento de política pública no combate à violência contra a mulher.

O termo "implementação" como um conceito no campo de estudos sobre políticas públicas remonta ao trabalho de Jeffrey Pressman e Aaron Wildavsky no início dos anos 1970. Quatro fases podem ser identificadas na literatura sobre o tema: desde as dimensões normativas *top-down*[2], essencialmente prescritivas, na década de 1970; a década de 1980 é marcada pela segunda geração de estudos, denominada *bottom-up*[3] com foco no momento de

2. Em que a tomada de decisão e a estruturação da ação política se dão mediante orientação de planejamento estratégico, da cúpula para o aparato médio decisório, notabilizando o alcance de "cima para baixo".

3. Sentido em que a construção se orienta pelas necessidades concretas de operacionalização ou problemas observados por aqueles na ponta da atividade, o que orienta proposta de "baixo para cima".

implementação e seus processos complexos e a performidade[4]; já a terceira geração, com base em modelos sintéticos de análise da implementação, foca ambientes de formulação e implementação a partir da ambiguidade e do conflito; por fim, a quarta geração é marcada por "novos modelos da ação estatal que se complexificaram pós processos de reformas do Estado" (LOTTA, 2019, p. 17). O que temos, portanto, são os estudos sobre a implementação de políticas vêm se direcionado em uma perspectiva multifocal a partir da multiplicidade de atores, locais e níveis, assim como compreender a interação das organizações governamentais com seu ambiente externo na entrega de políticas públicas.

Cardoso (2020) pondera que pensar o estágio de implementação da política pública envolve analisar arranjos e instrumentos da ação pública, identificando atores diretamente responsáveis, sua atuação e relações preexistentes que impactam na implementação. O autor se assemelha à argumentação de Novato, Najberg e Lotta (2020), em que os burocratas no nível intermediário conduziriam o processo, limitados pelo sistema inerente que regula a burocracia e restringindo, portanto, sua atuação. Não obstante, Cardoso (2020, p. 1061) destaca que a atuação destes burocratas é permeada pela "preponderância da limitação dos burocratas de nível de rua pelo uso dos softwares", em especial, mapeando processos, alimentando banco de dados, avaliando resultados operacionais e prestando *accountability* ao cidadão.

John (2003) entende que as décadas de 1980-1990 foram frutíferas ao desenvolvimento de olhar teórico sobre as políticas públicas em seu caráter de processo, analisando elementos como instituições, atores, ciclos, redes, sistemas, conceitos, ideologias, entre outros fatores que comportavam uma interação de um *policy process*. Weible e Carter (2017, p. 27) afirmam, portanto, que, no exame do processo de políticas públicas, se desenvolve análise das "interações que advêm ao longo do tempo entre políticas públicas e atores, ocorrências, contextos e implicações".

Medeiros e Cavalcante (2018), ao analisarem as determinantes da implementação de uma política pública, entendem que a cooperação entre diferentes organizações e atores, em especial interesferas de governo, projeta possível favorecimento do sucesso da implementação. A implementação é a fase em que "regras, rotinas e processos sociais são transformados em ações" (FERNANDEZ & GUIMARÃES, 2020, p. 283). O aspecto crítico é o entendimento dos executores dos programas acerca dos elementos determinantes desta cooperação que impacta no êxito ou não da política. Struyk (2007), por exemplo, indica nove fatores que potencializam a implementação, que vão desde o suporte da liderança, a clareza da compreensão da política, recursos e atores até o aprendizado e as experiências prévias. Estes determinantes comportam aspectos que produzem impactos em média e longa escala no desenvolvimento da política, notadamente, afetando o sucesso a partir do processo concepção-aplicação da política.

Tal perspectiva encontra ressonância na abordagem de Claire Charbit (2011), para quem, algumas variáveis conjugam falhas estruturantes do processo de implementação,

4. Perspectiva que observa a *performance* de atores no desenho, execução e monitoramento de atividades.

entre elas, níveis informacionais assimétricos compartilhados por gestores de diferentes esferas de governo em políticas que necessitem coordenação entre esferas para seu desenvolvimento adequado e as diferentes perspectivas dos gestores para com o desenho da política pública, o que impacta diretamente na gestão da informação e *accountability*. Para Lotta (2019), não há contraposição entre formulação e implementação de políticas públicas, mas sobre quem decide com quem sobre o quê e suas dimensões derivadas, o que configura o processo de implementação de políticas públicas como plenamente interativo.

O conceito de processo envolve atividades que se orientam pela elaboração de soluções com o objetivo de melhor adaptação da execução das atividades às dinâmicas dos ambientes (RAMOS *et al*., 2019). Para Davenport (1993), processo é um conjunto de atividades estruturadas e medidas para um fim específico, cujas atividades encontram início, fim, entradas e saídas devidamente identificadas. Tais conjuntos devem ser pensados em termos de coordenação em sentidos transversais, transorganizacionais, interdepartamentais e até horizontais.

Apesar do caráter "empresarial" que o mapeamento de processos apresenta, considerando sua origem em organizações incialmente aplicadas (RAMOS *et al*., 2019), existem experiências brasileiras de desenvolvimento na Administração Pública, notadamente o Modelo de Excelência em Gestão Pública (GESPÚBLICA), a qual, para Oliveira e Grohmann (2016), preconiza atuação estatal orientada por processos, de forma holística e capaz de integrar as áreas funcionais do setor público. A GESPÚBLICA tem inspiração na *New Public Management* ou Nova Gestão Pública (NGP) com inspiração na descentralização, flexibilização, gestão por resultados e administração orientada para o cidadão (BRESSER-PEREIRA & SPINK, 1996). Ramos *et al.* (2019) identificam fatores de dificuldade de aplicação do modelo de gestão de processos no setor público que envolvem capacitação, informação, comunicação, engessamento burocrático e legal, descontinuidade governamental, entre outros.

James Rowell (2018) entende o mapeamento dos processos como o detalhamento aprofundado da operação a partir do desenho gráfico das atividades de modo a enfatizar a intercâmbio entre as atividades e a responsabilidade em distintos níveis organizacionais. Kumar, Dhingra e Singh (2018) vão ao encontro, definindo o mapeamento de processos como uma técnica que poderia utilizar, mediante o emprego de fluxogramas, a análise de falhas de integração de sistemas, eliminação ou simplificação de processos, de modo a melhorar o desempenho e identificar a necessidade de mudanças no desenho do processo.

Não se deve considerar uma abordagem sequencial como abordagem analítica porque variáveis explicativas não são apresentadas para os fenômenos. O que há, nesta abordagem, é um recorte do processo, geralmente afastado da formulação da política pública por serem considerados independentes para os autores que se pautam nesta abordagem. É neste sentido que Leite e D'Ascenzi (2013, p. 105) apontam a necessidade de se conceber a implementação a partir de um "processo de apropriação de uma ideia que, nesse sentido, é consequência da interação entre a intenção (expressa no plano) e os elementos dos contextos locais de ação", tendo em vista os valores e as concepções de mundo dos indivíduos, além da organização do aparato administrativo responsável.

Para Costa e Moreira (2018, p 166-167), a "gestão de processos [...] pode ser definida como a organização e estruturação de todas as etapas e tarefas que contribuem para o alcance dos objetivos estratégicos da organização de forma a garantir a correta execução destas". Portanto, o controle e o acompanhamento dos processos fazem parte desta gestão e permitem o mapeamento, cujo principal benefício obtido autoriza alcançar compreensão abrangente dos papéis desempenhados por pessoas e aspectos envolvidos do início ao fim da tramitação do processo.

Novato, Najberg e Lotta (2019, p. 417) entendem que a literatura sobre políticas públicas relacionada aos impactos que burocratas acarreta o desenvolvimento delas se concentram entre os de alto escalão e os de nível de rua, restando aos de médio escalão pouco interesse, os quais, em certa medida, uma análise poderia permitir "desafios e as soluções encontradas na materialização de uma política". Os burocratas de médio escalão são os que realizam a intermediação destes entre os burocratas de rua e, em certa medida, "traduzem" as delimitações e decisões conceituais contidas em princípios concebidos em uma política para um planejamento de ações. Portanto, de acordo com Howlett (2011), estes burocratas de médio escalão têm potencial de influência no processo da política pública em marcos políticos, técnicos e organizacionais. Este aspecto é igualmente impactado nas respostas que estes burocratas dão à sociedade, tendo em vista que, em boa parte de políticas, são considerados os responsáveis por gerenciar eficiência e *accountability*, assim como gerenciam lacunas entre regras e operações (JANUZZI, 2011; POLLITT & BOUCKAERT, 2011).

Esse cenário configura uma dinâmica em que a dimensão conceitual das políticas públicas não necessariamente encontra respaldo em uma projeção clara de qual tipo de serviço público se almeja desenvolver para o público-alvo priorizado e que, de acordo com Bergen e While (2004), tais serviços representam horizontes aspiráveis e imprecisos. Lipsky (1980) rememora que nesta ambiguidade os conflitos encontram margem e, quando não superados, são levados às etapas seguintes na implementação de políticas públicas.

Auyero (2012) destaca que há certa troca entre os burocratas de nível de rua e os que utilizam os serviços públicos prestados, tendo contato com os primeiros, passando informações acerca do processo, em termos de falhas e necessidades de correção. Fernandez e Guimarães (2020) entendem que esta é uma etapa importante no âmbito dos processos, a fim de proporcionar uma visão dialética e integradora entre a elaboração e a implementação. Contudo, há de ser considerado que esses atores não são, de acordo com Matland (1995), os responsáveis por corrigirem os processos das políticas e assumir o custo do erro no desenho original, ou seja, a discricionariedade é limitada.

A partir dessas proposições teóricas, procuraremos analisar o desenvolvimento da implementação da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, à luz do mapeamento de processos, aprofundando suas operações, fases, conceitos e atividades estruturadas (KUMAR; DHINGRA; SINGH, 2018; ROSWELL, 2018; DAVENPORT, 1993). O objetivo é analisar arranjos e instrumentos da ação pública (CARDOSO, 2020) e suas interações (WEIBLE & CARTER, 2017), assim como as determinantes de implementação (MEDEIROS & CAVALCANTE, 2018), sejam as que potencializam (STRUYK, 2007) ou que impactam em falhas estruturantes (CHARBIT, 2011). Nesse sentido, concebemos a

implementação como processo permeado por interações entre a intenção e os elementos locais de ação (LEITE & D'ASCENZI, 2013), as quais produzem impactos na ação de burocratas que medeiam o conceito e sua execução (NOVATO; NAJBERG; LOTTA, 2020; AUYERO, 2012), ao passo que ambiguidade e conflito fazem parte da construção do horizonte de formulação e implementação (BERGEN & WHILE, 2004; LIPSKY, 1980). Acreditamos que essas proposições nos permitirão destacar correções no tocante aos processos das políticas (MATLAND, 1995).

3. A Lei Maria da Penha

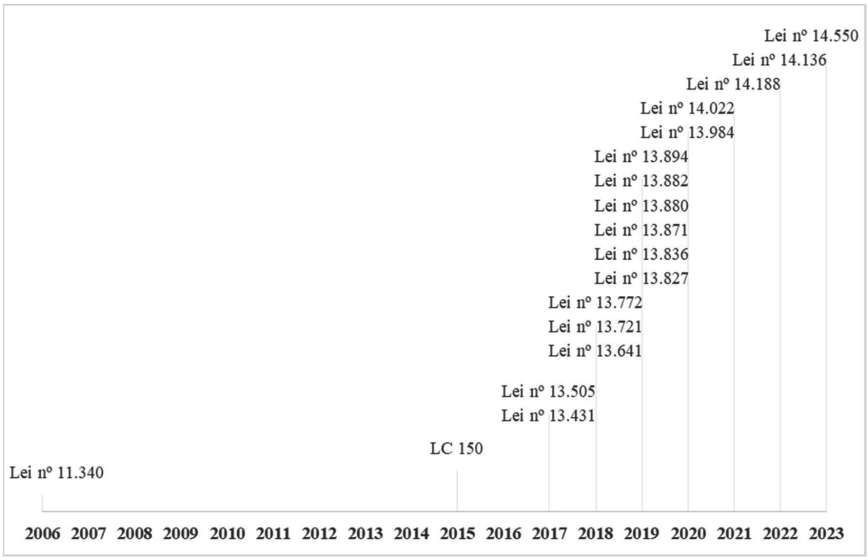
Em 3 de dezembro de 2004, foi apresentado o Projeto de Lei 4.559/2004, cujo objetivo original era "criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal". Depois dos debates em torno da temática, mudanças foram propostas no sentido de delimitar conceitos e ações concretas, como afastar plenamente o uso da Lei 9.099/1995 na violência doméstica (essa lei regia a lesão corporal nesses casos até o momento), além de construir arcabouço jurídico adequado às convenções internacionais. O PL 4.559/2004 permaneceu cerca de dois anos desde seu envio, em 13.12.2004, na mesa diretora da Câmara dos Deputados para debates em comissões, sendo enviado ao Senado Federal em 22.03.2006 e, posteriormente, sancionado em 07.08.2006, sob o número 11.340/2006, com a denominação de "Lei Maria da Penha" (LMP). No texto final da LMP, foi tipificado o crime de violência doméstica, além de situados mecanismos relativos à prevenção, à assistência e ao monitoramento da violência, entre outros elementos que destacaremos a seguir.

Não é o objetivo fazer um resgate da LMP, mas situar seus elementos processuais críticos para o desenvolvimento nos termos propostos da lei. Há farto material atualizado que articula suas bases históricas (ESPÍNOLA, 2018), a construção dos direitos das mulheres (CHAKIAN, 2019), as jurisprudências sobre a mulher e a violência doméstica (RIBEIRO, 2019) e suas dimensões criminológicas (MONTENEGRO, 2020) e processuais penais (MENDES, 2020), assim como suas correlações jurídicas no âmbito do homicídio (XAVIER, 2019) e no discurso da violência (BRAVO, 2019), além de doutrinas e práticas (GIMENES & ALFERES, 2020).

A LMP obteve mudanças significativas em seu corpo original, seja a partir da reescrita parcial ou total de artigos ou da inclusão de novos mecanismos. Especificamente, a Lei 11.340 foi sancionada em 2006, tendo sua primeira modificação em 2015 via Lei Complementar 150. A partir de 2017, com intensas modificações até 2020, tivemos leis que alteraram o corpo do texto, modificando aspectos significativos da LMP. Com exceção das Leis 13.431/2017, 13.721/2018 e 14.022/2020, as quais não alteraram o corpo do texto, e dispuseram, respectivamente, sobre o juizado competente no âmbito de menores que sofressem violência doméstica, sobre o processo do corpo de delito e acerca das medidas de combate à violência doméstica no período em que perdurasse a pandemia de Covid-19. Entre 2021 e 2022, foram articuladas à LMP a Lei 14.188/2021 (para a Campanha Sinal Vermelho) e a Lei 14.136/2022, a qual destinava recursos para o enfrentamento à violência contra

a mulher via Fundo Nacional de Segurança Pública. Apenas em 2023 houve nova modificação do texto da LMP por causa da Lei 14.550, a qual alterou o § 4º do art. 19, concernente às medidas protetivas de urgência para delimitar sua concessão a partir do registro do caso, salvo inexistência de risco à integridade da ofendida ou de seus dependentes. Veja na figura a seguir as principais modificações até maio de 2023.

Figura 1. Linha do tempo da legislação referente e de mudanças à Lei Maria da Penha até maio/2023



Fonte: elaborada pelo autor.

A LMP tem três instrumentos básicos: (i) a prevenção; (ii) a proteção, a assistência e o combate à violência; e (iii) o monitoramento. Podemos separar processualmente e, em termos cronológicos, os instrumentos em fases de desenvolvimento da política. Assim, a primeira fase envolveria os instrumentos pré-violência, ou seja, mecanismos de publicidade e conscientização dos conceitos e práticas de violência, assim como dos contextos sociais, políticos e econômicos que incorrem em produção de mecanismos de subordinação de mulheres. A segunda fase situaria o momento em que a violência ocorre e onde são necessários os instrumentos de proteção e assistência à vítima, assim como de combate à violência perpetrada pelo agressor – sendo considerada a fase crítica da implementação da Lei, pois depende de discricionariedade e interpretações. Por último, a terceira fase se desenvolve nos sistemas de monitoramento das medidas aplicadas na segunda fase, assim como o registro documental a fim de construção de banco de dados – esta fase envolve a compilação dos dados produzidos pela política e seu mapeamento de resultados.

Cada fase não necessariamente prescinde sequencialidade e muitas podem se sobrepor a depender do caso concreto. Por exemplo: ao passo que uma mulher tenha sido violentada em alguma das formas previstas na Lei, a denúncia pode ser acompanhada de medidas

assistenciais e protetivas, as quais já são registradas e documentadas para delimitar construção de cenários estatísticos sobre a violência. Entretanto, a denúncia de uma violência depende dos meios previstos para tal ato, assim como a informação de que esta violência seja passível de denúncia por ser um crime previsto em Lei. Portanto, as fases são interdependentes, ainda que tenham certo desenvolvimento temporal e processual nítidas.

A LMP envolve o conceito de violência, assim como posiciona a mulher em uma dimensão de sujeito passivo da violência (não no sentido jurídico do Código Penal). Ainda, considera contextos sociais que potencializam o que Walker (2000) entende por "ciclo da violência doméstica", a partir do entendimento da necessidade de campanhas educacionais, produção de dados e criação de meios que rompam a condição de dependência entre vítima e agressor. Deste modo, é uma Lei complexa que articula conceitos, posicionamentos e contextualização de cenários da violência e das condições de fragilidade das mulheres.

Saffioti (2004) interpreta o fenômeno da violência contra a mulher como problema de saúde pública e enraizado nas manifestações mais derradeiras e cruéis da desigualdade de gênero que conforma clara violação dos direitos humanos. A Organização Mundial da Saúde (WHO, 2013) aponta que a violência contra a mulher é um problema epidêmico mundial. Para White & Satyen (2015) este tipo de violência é caracterizado por um padrão de comportamento que pode envolver agressões físicas com o uso de armas ou não, assim como atos morais e sexuais contra a vítima e abusos psicológicos, financeiros e de proibição de convivência da mulher, cujo foco é o desenvolvimento de relação de dependência e controle.

O espaço doméstico e familiar é o lugar onde ocorrem as agressões e o agressor alguém que mantém ou manteve com a vítima uma relação de proximidade e intimidade, onde a violência física é a mais frequente ou denunciada, seguida da psicológica e sexual, em que prevalecem como fatores preponderantes "a relação de poder que o homem tem sobre a mulher e que lhe dá o 'direito' de agredi-la por qualquer motivo" (ARAÚJO, 2008, s/p.). Este fato é reforçado por Saffioti (2004), Segato (2003), Bandeira (2014), Araújo (2008) e Garcia (2016), ao apontarem que a subnotificação, as ameaças às denúncias e o controle moral das relações de poder de proximidade da vítima comportam na construção da invisibilidade da violência de gênero, especificamente da violência contra a mulher.

Assim, para finalizar esta seção, destacamos que a LMP movimenta o conceito de violência contra a mulher, mas afastando interpretações rígidas desta violência que alocariam a mesma apenas nos casos das relações contratuais familiares e localizadas geograficamente na residência. Pelo contrário, a leitura da integralidade do art. 5º e seus incisos nos permite compreender que a aplicação da Lei Maria da Penha abrange espaços de convívio permanente (o que não deve ser interpretado como unicamente a residência das vítimas), assim como distintas formas familiares, além de ter aplicabilidade em várias relações íntimas de afeto (não se restritas ao contrato matrimonial), ou seja, é uma Lei complexa por se atentar aos avanços interpretativos de como a violência pode se manifestar nas dimensões de fragilidade.

4. Resultados: mapeando os processos e a Lei Maria da Penha

Os objetivos declarados na Lei 11.340/2006 apontam: (i) criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; (ii) criação dos Juizados de

Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e (iii) alteração do Código de Processo Penal, do Código Penal e da Lei de Execução Penal. A premissa constante no art. 2º da referida Lei conjuga o gozo dos direitos fundamentais inscritos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que se alongam ao art. 17 da Carta Magna, e ratifica o direito a "viver sem violência" como um direito assegurado à mulher. Não obstante, no *caput* do art. 6º, a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma forma de violação dos direitos humanos.

A LMP aponta a responsabilidade compartilhada entre a família, o poder público e a sociedade no que se refere às condições elencadas no dispositivo. Esta responsabilidade recai no âmbito da violência doméstica e familiar, entendidas como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" que venha a ocorrer no âmbito da unidade doméstica, no ambiente da família ou em qualquer relação íntima de afeto, independentemente de orientação sexual (art. 5º, I, II e III, BRASIL, 2006). Já destacamos na sessão anterior o fato da ampliação da violência neste artigo como fundamental a conjugar os novos arranjos sociais reconhecidos e as diferentes manifestações sociais da violência.

Inicialmente, o crime de violência doméstica foi disposto no Decreto-Lei 2.848, de 1940 (Código Penal – CP), posteriormente, alterado mediante redação da Lei 10.886/2004, no qual o art. 129 do CP, §§ 9º e 10, foi modificado para delimitar este crime como lesão praticada por pessoa de relação consanguínea, vínculo familiar ou afetivo, com detenção de seis meses a um ano. A LMP, pelo art. 44, modifica este art. 129 do CP para alterar a pena de detenção de três meses a três anos e incluir o § 12 referente à violência cometida por integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública no exercício de sua função.

É o art. 7º, incisos I, II, III, IV e V, da LMP, que delimita as cinco formas de violência: (i) física; (ii) psicológica (ampliada pela Lei 13.772/2018); (iii) sexual; (iv) patrimonial; e (v) moral. Podemos situar que é este artigo o que organiza, conceitualmente, parte das ações de prevenção, proteção e combate à violência contra a mulher, na medida em que orienta quais são as bases que acarretam danos e como tais danos são cometidos. Cada um destes incisos tem uma descrição na lei a partir de conceitos, os quais, inclusive, intermedeiam e se amparam em outros artigos no âmbito do CP. Por conseguinte, os aplicadores e operadores do Direito, ainda que tenham o art. 129 para a imputação penal dos agressores, terão como base outros artigos do CP para parâmetro analítico. Neste sentido, a LMP perpassa conceitos jurídicos elencados em vários artigos do CP, que servirão como base interpretativa para delimitar as formas de violência sofridas pelas mulheres em seus relatos acerca do crime. Veja no quadro a seguir os possíveis parâmetros legais em outros artigos do CP que conjugam conceitos.

Quadro 1 – As formas de violência na Lei Maria da Penha e suas relações conceituais

Artigo 7º Incisos	Tipo de violência	Conceitos envolvidos
I	Violência física	• Integridade (arts. 129 e 147-A) • Saúde corporal

Artigo 7º Incisos	Tipo de violência	Conceitos envolvidos
II	Violência psicológica	• Dano emocional • Diminuição da autoestima • Perturbação do desenvolvimento • Controle de ações, comportamentos, crenças e decisões (art. 147-A) • Exploração e limitação do direito de ir e vir • Prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação
III	Violência sexual	• Relação sexual não desejada (arts. 213, 215, 217 e 218-C do CP) • Comercialização ou a utilização da sexualidade (arts. 227, 228 e 230 do CP) • Matrimônio, gravidez, aborto ou prostituição forçados (arts. 129 e 228 do CP) • Limitação de direitos sexuais e reprodutivos
IV	Violência patrimonial	• Retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos (arts. 155 e 203 do CP)
V	Violência moral	• Calúnia (art. 138 do CP) • Difamação (art. 139 do CP) • Injúria (art. 140 do CP)

Fonte: elaborado pelo autor.

As medidas de prevenção delimitadas no art. 8º, incisos I a IX, implicam a integração operacional e as parcerias entre vários órgãos setoriais e atividades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais que envolvam: elaboração de estudos e pesquisas; reforço dos meios de comunicação para que coíbam os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar; campanhas e programas educacionais ao público escolar e à sociedade em geral para difusão da Lei e dos instrumentos de proteção; capacitação das forças de segurança pública; e criação de conteúdo em currículos escolares em todos os níveis de ensino.

Fundamental considerar o circuito da violência neste processo que envolve as medidas de prevenção (a qual denominamos aqui como *fase pré-violência*): (i) o papel que veículos de comunicação de massa e campanhas escolares impactam na compreensão da violência doméstica como uma violência de fato e não um comportamento da relação usual de subordinação entre homens e mulheres ou naturalizados nas relações conjugais ou intrafamiliares; (ii) o papel que o sistema formal de ensino, notadamente, o ensino básico (fundamental e médio), pode articular para que crianças e adolescentes compreendam

elementos estruturais da violência e, assim, rompam com ciclos de papéis, comportamentos e visões de mundo hierarquizados e generificados que naturalizam ou minimizam a violência contra a mulher; (iii) a capacitação das forças policiais e operadores do Direito para, primeiro, situarem a violência doméstica, em seguida, ofertar serviço considerando o estado fragilizado da vítima e, em terceiro, atuar de forma preventiva ao acionamento dos mecanismos de proteção previstos na Lei. A prevenção, em uma perspectiva da LMP em sua primeira fase, orienta a prevenção como medida crítica à potencial redução dos casos de violência contra a mulher.

A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar encontra um capítulo à parte no art. 9º. Denominamos como *fase de ocorrência imediata à violência* o processo em que se evocam as medidas de proteção, assistência e controle da violência. A figura do Juiz tem alta relevância na titularidade da tomada de decisão tanto para preservar a integridade física e psicológica da vítima, sobretudo, a discricionariedade em determinar a inclusão em cadastro de programas assistenciais possíveis nas diferentes esferas governamentais, como para determinar a assistência judiciária e médica em casos delimitados nos incisos III dos §§ 2º e 3º. O § 7º elenca prioridades no acesso de serviços públicos em alguns casos que incidam na fragilidade da situação de violência. Em suma, estes parágrafos destacam mecanismos de assistência considerando a situação de vulnerabilidade em que a mulher se encontra em relações de violência. Estas relações a subordinam ao agressor, que pode se valer destes mecanismos para minar a capacidade da mulher de denunciar o abuso. Não obstante, uma inovação trazida pela Lei 13.871/2019 reside no § 4º, o qual obriga o agressor a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), referentes aos custos dos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas. Esta medida é fundamental à não revitimização, neste caso, sob a forma pecuniária, da pessoa que sofreu a violência.

O óbice da revitimização comporta alguns mecanismos na relação entre a vítima da violência e a autoridade policial, notadamente, na perspectiva da obtenção do relato e de prover condições adequadas à situação fragilizada física e psicológica. Os artigos 10-A, 11, 12, 12-A e 12-C são críticos à operacionalização da LMP. A Lei 13.505, de 2017, inclui o artigo 10-A, o direito da mulher em situação de violência a ter atendimento especializado (policial e pericial) por servidores (preferencialmente do sexo feminino) previamente capacitados em locais adequados, ao passo que o art. 11 introduz o acompanhamento sistemático à garantia da proteção policial, o transporte para local seguro assim como para realização de atendimento médico e de retirada de pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar.

A Lei 13.894/2019 introduz o inciso V no art. 11 (combinado com o art. 14-A), o qual obriga a autoridade policial a informar os direitos e os serviços disponíveis para divórcio, anulação de casamento ou de dissolução de união estável, o qual poderá ser proposto no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14-A). No caso do art. 12, de caráter eminentemente processual, ressaltamos o inciso VI-A, incluído pela Lei 13.880/2019, de informação ao juízo competente acerca do porte ou posse de armas pelo agressor e sua possível apreensão imediata, de acordo com o art. 18, inciso IV. O art. 12-A institucionaliza

as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher. Já o art. 12-C, incluído pela Lei 13.827/2019, é inovador, em termos de operação do Direito, uma vez que permite a emissão de medida protetiva e o consequente afastamento da vítima de seu agressor pela autoridade judicial, pelo delegado de polícia (quando o Município não for sede de comarca) e pelo policial (quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia). Este é um fato processual importante, considerando que em boa parte dos municípios brasileiros podem ocorrer dificuldades da vítima ou do potencial denunciante em informar o fato da violência em tela e, portanto, o juízo competente deferir medida protetiva de urgência.

Ainda, na questão processual, dois elementos decisivos pairavam à pressão do agressor sobre a vítima e que alterava a possibilidade de denúncia: (I) a prerrogativa da retirada da denúncia em caso de violência no âmbito das lesões corporais leves; e (ii) as penas baixas ou substitutivas. O primeiro aspecto era até então interpretado no art. 88 da Lei 9.099/1995 e o segundo, no art. 21. O art. 16 da LMP altera praticamente este processo sendo explícito ao indicar a renúncia da representação apenas perante o juiz em audiência antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público, assim como no art. 17 em que é vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, da Lei 9.099/1995, o qual prevê penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Ainda podemos citar a ratificação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 do Distrito Federal em 2012, que analisou a constitucionalidade e a extensão da Lei Maria da Penha. Nesse julgamento, o STF entendeu que a ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher deve ser pública e incondicionada à representação da própria mulher (ou seja, qualquer pessoa pode denunciar o fato), dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da LMP. Estas duas alterações trazidas pelos arts. 16 e 17 na LMP e o julgamento do STF são fundamentais em sua processualidade porque atuam de duas formas: (i) conhecimento prévio da mulher da existência de uma lei que não será passível de retirada facilmente, a não ser pr desejo da vítima antes do recebimento da denúncia; e (ii) o custo favorável ao agressor até então dado pela Lei 9.099/1995, a qual deixava uma margem reduzida à vítima para denunciar de fato, já que o agressor não seria separado da vítima imediatamente. Não obstante, há uma crítica acerca de que retirar a decisão da vítima sobre a titularidade da representação é subordinar a mulher – por outro lado, a crítica inversa, a de que a mulher estaria constrangida e ameaçada a tomar esta decisão na situação da violência.

O instrumento da fase fundamental no circuito da violência doméstica e intrafamiliar corresponde ao momento do acionamento da medida protetiva de urgência, regulada nos arts. 18 a 24-A da LMP e seus impactos posteriores. Em linhas gerais, o recebimento do pedido da medida protetiva deve ser considerado em no máximo 48 horas (art. 18), por decisão do juiz ou a pedido do Ministério Público ou da ofendida (art. 19), cabendo, inclusive, a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal (art. 20), além de todas as medidas necessárias ao afastamento da vítima e de

meios do agressor realizar algum tipo de violência (art. 22, incisos I a VII). O art. 22 necessita da leitura combinada com o art. 35, incisos IV e V, em que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão elaborar e promover programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar, assim como criar centros de educação e de reabilitação para os agressores. O contexto da violência contra a mulher demanda o rompimento da conivência e a presença do agressor, assim como dos meios de que este dispõe para reduzir potencial de denúncia da vítima.

A Lei 13.984/2020 incluiu algumas medidas de caráter de monitoramento da violência e do agressor, incluindo: (i) o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação (inciso VI); e (ii) o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (inciso (VII). Destacamos, ainda, o inciso V, referente à prestação de alimentos provisionais ou provisórios. As principais dificuldades recaem em dois agentes: (i) o juiz, cuja interpretação a respeito de ação de alimentos pode construir aspecto de desamparo da vítima em relação aos alimentos, seja com ou sem filhos, o que reduz potencial denúncia em virtude da relação de dependência entre a vítima e o agressor (e, possivelmente, antes da tomada de decisão sobre a denúncia, reduz seu potencial); e (ii) o cadastro, monitoramento e acompanhamento do agressor em programas de combate à violência, que, não sendo realizado, o agressor não compreende a violência e continua praticando (colocando a situação de medo na vítima posteriormente à denúncia).

A questão da medida protetiva considera dinâmicas que estariam além da capacidade da vítima e ultrapassam aspectos burocráticos para salvaguardar a vida dela. A Lei 13.882/2019 incluiu o inciso V no art. 23 da LMP, em que o juiz pode determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. Em outra frente, via art. 24, o juiz pode ainda estabelecer meios para garantir as condições socioeconômicas mínimas para que a vítima rompa a relação de dependência, assim como restituir à agredida os bens indevidamente subtraídos pelo agressor. Um ponto específico no que toca às medidas protetivas foi incluído pela Lei 13.641/2018, acrescentando o art. 24-A, que determina pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, tipificando-o penalmente o caso de descumprimento de decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência. Já a Lei 14.550/2023 altera o § 4º do art. 19 para que a concessão de medida protetiva de urgência seja imediatamente ao registro ou depoimento, salvo em avaliação da autoridade em termos de inexistência de risco à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da ofendida ou de seus dependentes.

Este aspecto das medidas protetivas conjuga uma fase importante do processo do circuito da violência, em que o contexto da pós-violência demanda considerar o monitoramento de ações para a proteção da vítima, mas não se resumindo à mesma. A inclusão dos dependentes e do artifício jurídico criado para permitir matrícula, por exemplo, consente que a vítima possa matricular filhos em localidade que possa se sentir mais segura independentemente da existência de vaga, ou seja, independente de restrições burocráticas. Estes constrangimentos burocráticos não podem ser subterfúgio para não aplicabilidade de condições à vítima superar o trauma da violência. Ao mesmo tempo, a potencial sanção ao

agressor pelo descumprimento de medida protetiva é uma forma de reduzir a continuidade do circuito da violência. Este é um momento crítico que poderíamos chamar "caminho crítico" da violência doméstica e intrafamiliar, pois é neste momento que as condições de violência podem ser reduzidas ou mantidas entre o agressor e a vítima.

Um instrumento de ação direta no combate à violência está na criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no âmbito do art. 14 e que é regulamentado nos arts. 29 a 33 da LMP, contando, inclusive, com proposta orçamentária (art. 32). Estes juizados demandam equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29) para desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares (art. 30). Este aspecto dos Juizados configura etapa fundamental à agilidade dos casos e atuação da esfera jurídica no atendimento à vítima, uma vez que o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita é garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar (art. 28). Assim, como o art. 14 não obriga a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em localidades onde não existam, os casos são julgados nas varas cíveis e criminais (art. 33), ocasionando o acúmulo de casos e impactando na morosidade. Não obstante o fato de se configurar como mais um crime sem a devida atenção do Poder Judiciário, o que impacta na falta de adesão à proposta e compreensão da violência como algo a ser combatido com todos os meios disponíveis para tal.

A combinação da leitura do art. 35 em todos os seus incisos conjuga o momento do caminho terminante da aplicação da LMP. Apesar de ser um artigo no fim da Lei, este é um dos que estruturam a política em si. Os incisos I, II e III do art. 35 evocam que União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover centros de atendimento integral e multidisciplinar, casas-abrigo para mulheres e respectivos dependentes, além de delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher. Já os incisos IV e V dispõem acerca da elaboração de programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar e dos centros de educação e de reabilitação para os agressores. O aspecto crucial deste artigo é que a falta de políticas intergovernamentais e interfederativas, assim como a ausência de um orçamento próprio, evidencia a fragilidade das condições para realizar um atendimento adequado às vítimas. Essa fragilidade é agravada pela falta de espaços adequados para abrigar mulheres e dependentes em situação de violência doméstica e intrafamiliar. Também são afetadas pela redução dos serviços especializados no âmbito cível, criminal e médico-legal para atender vítimas, na ausência de programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar e na carência de centros de educação e de reabilitação para os agressores para realização de atendimento psicossocial, ou seja, a política que estrutura a LMP é totalmente fragilizada sem as condições estruturantes.

O processo que fecha a implementação e o desenvolvimento direto da LMP está descrito na aplicação de seu art. 44 referente à abertura de ação penal com base no art. 129, § 9º, 10, 11 e 12 do Código Penal. Tendo em vista todo o processo examinado até este momento, a abertura ou não da ação penal é o ponto crucial em que a LMP aplica seus efeitos diretos na

penalidade ao agressor. Posteriormente, a fase processual segue o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941). Deste modo, a renúncia da vítima na fase inicial de audiência, assim como a morosidade processual, a não aplicação de medidas protetivas e de apoio social, psicológico e financeiro à mesma são gargalos que podem reduzir o potencial de denúncia, revitimização e manutenção do circuito da violência e, ainda, a não imputação do crime ao agressor. Por fim, o processo em si agrega um conjunto de informações que permite aos formuladores de políticas públicas analisarem todo o seu contexto de desenvolvimento, observando gargalos, burocracias desnecessárias, momentos de tomada de decisão críticos e fases consequenciais que possuem fortes impactos na aplicação da Lei e proteção das mulheres. Vejam-se no quadro a seguir as dimensões processuais ao desenvolvimento da LMP na fase de ocorrência imediata à violência.

Uma etapa posterior da violência doméstica e familiar contra a mulher, neste sentido, está em sua contabilização, além de medidas de combate à violência. Denominamos esta fase como *fase de pós-violência e monitoramento*. Estudos[5] destacam os índices de subnotificação e descolamento da realidade, tendo em vista que o circuito da violência impacta negativamente ao reduzir o potencial de denúncia pela vítima. O art. 38 da LMP advoga a necessidade da criação de bancos de dados relativos às estatísticas destas formas de violência, que demandam envio de informações por Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal. O não desenvolvimento de sistemas de informação para bancos de dados e o não envio das mesmas pelas autoridades de segurança pública podem caracterizar o desconhecimento dos números reais de violência doméstica e familiar contra a mulher, conjugando o apagão estatístico, além de apontar um cenário desta violência como mal menor.

5. Pelo uso de evidências na melhoria de processos na Lei Maria da Penha

A sanção da LMP trouxe à baila uma série de mecanismos e estrutura de ação para desenvolvimento de ações no combate à violência contra a mulher. Meneghel *et al.* (2013), Campos (2015a) e Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) concordam que a lei pronuncia a existência de delimitação jurídica acompanhada de práticas organizadas por atores governamentais e da sociedade para construir ação coletiva no enfretamento desta problemática que não deve se resumir ao crime de violência doméstica em si, mas a romper com a conjuntura de subordinação da mulher e de seus elementos legitimadores desta violência na sociedade. Neste aspecto, os pontos fundamentais positivos da LMP residem na definição do crime de violência doméstica com penas significativas e como parte de arcabouço de política alinhada às convenções internacionais se pautando por três bases: prevenção, proteção e punição, afastando-se de medidas unicamente punitivas e articulando o enfrentamento à violência de forma ampliada. A LMP ainda é articulada com o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres e Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher.

5. Ver dados e análises processuais em Araujo, 2008; Bravo, 2019; Campos, 2015a, 2015b; Chakian, 2019; Espínola, 2018; Garcia, 2016; Guimarães, 2020; e Mendes, 2020.

Destacamos ainda o fato de a LMP considerar a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma forma de violação dos Direitos Humanos.

Meneghel *et al.* (2013) e Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) reforçam estes pontos destacando que, teoricamente, o benefício direto da LMP está no aumento do acesso das mulheres ao Judiciário, em especial, por causa da criação de tribunais especializados. Campos (2015a) ressalta que a estrutura de atendimento (DEAMs, núcleos especializados em delegacias comuns, Centros de Referência de Atendimento à Mulher, casas-abrigo, juizados especializados, varas adaptadas, promotorias especializadas e núcleos ou defensorias especializadas) igualmente comporta a estratégia da LMP em prover tratamento direto no combate à violência.

Outros três pontos da LMP são significativos. O primeiro envolve a classificação das formas de violência doméstica, a qual configura para Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) uma definição e caracterização mais precisa da violência doméstica e familiar que acaba padronizando a atuação dos aplicadores do Direito. O segundo, o aumento da pena do crime de violência doméstica e a extinção das penas pecuniárias, implica um reforço à ideia de que a denúncia é necessária e o agressor não sairá impune nem facilmente com o pagamento, por exemplo, de uma cesta básica. Não obstante, Losurdo e Barbosa (2017) consideram que as Medidas Protetivas de Urgência representam avanço do legislador no sentido de prover proteção imediata e como tentativa de diminuir as burocracias do Judiciário.

A questão, portanto, é ponderar como a LMP se desenvolve nestes novos arranjos que preconizam e que apontam como caminhos à eliminação da violência contra a mulher. Campos (2015b) pondera que o maior desafio da LMP é sua implementação, pelo fato de contar com uma série de dispositivos que carecem de firmeza conceitual e processual e que, em razão disso, podem sofrer interferências de motivações, crenças e resistências dos aplicadores do Direito. Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) ponderam que alguns gargalos são constantes na LMP em sua operacionalização. Neste trabalho, situamos ao menos quatro gargalos identificáveis: (i) discricionário (quando envolve a tomada de decisão em tempo e em formas de quem decide); (ii) interpretativo (referente à cognoscibilidade, crenças, valores e conhecimento da pessoa que toma a decisão); (iii) decisório (a respeito dos parâmetros e critérios que podem impactar na tomada de decisão); e (iv) técnico (relacionado a conhecimento, à informação, à técnica ou a mecanismos que envolvam alguma regra ou parâmetro de ação).

A fase de pré-violência contém aspectos necessários que se articulam com a noção de prevenção. Bonetti, Pinheiro e Ferreira (2016) situam a importância dos mecanismos para denúncia que considerem a proximidade do agressor[6], além da criação de campanhas

6. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, as medidas protetivas podem ser obtidas pelo Aplicativo Maria da Penha Virtual. O aplicativo pode ser acessado de qualquer dispositivo eletrônico, via *link*, sem necessitar ser baixado. O aplicativo não ocupa espaço na memória do aparelho e mantém a segurança da vítima da violência doméstica. Consequentemente, permite que a vítima não deixe vestígios para que seu agressor venha a descobrir o possível uso da ferramenta. O próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recomenda que a vítima, depois de gerar a medida protetiva, apague o histórico do navegador de internet que tenha utilizado. Disponível em: [https://maria-penha-virtual.tjrj.jus.br].

educacionais e informativas. Ambos estariam em falta no desenvolvimento de ações nacionais e são pouco recorrentes no âmbito dos Estados. Vejam-se no Quadro 2 as dimensões processuais ao desenvolvimento LMP na fase de pré-violência.

Quadro 2 – Dimensões processuais ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha na fase de pré-violência

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
Art. 5º, I, II e III, parágrafo único	Definição de violência doméstica e familiar	Desconhecimento do aplicador do direito aos termos dos incisos	Não aplicação da LMP na falta de compreensão do "lugar", das "relações" e da orientação sexual em que a violência ocorre	Minimiza o alcance da LMP às relações conjugais formalmente contratadas entre héteros
Art. 6º	Violência doméstica e familiar como formas de violação dos direitos humanos	A não compreensão de violência como ferimento aos direitos humanos	Não aplicação da lógica de direitos humanos aviltados	Contradição com convenções e tratados internacionais
Art. 7º, I a V	As cinco formas de violência	Desconhecimento do aplicador do direito aos termos dos incisos	Certos termos padecem de interpretação do aplicador a partir do relato da vítima, em especial, psicológica e moral	Minimiza o alcance da LMP à forma como o aplicador do direito interpreta os conceitos elencados nos incisos
Art. 8º, I a IX	Prevenção à violência	Não desenvolvimento das ações coordenadas	Não desenvolvimento de ações de difusão da lei e de conhecimento dos instrumentos de proteção e aplicação da Lei que reduzem seus efeitos	Reduz compreensão do conceito de violência na LMP, assim como seu acionamento e posterior aplicação

Fonte: elaborado pelo autor a partir de BRASIL, 2006.

Na fase de ocorrência imediata à violência, podemos iniciar com o que é apregoado o art. 8º, ou seja, integração operacional e parcerias entre vários órgãos setoriais e atividades. É evidente que falta integração entre órgãos, pois a lei demanda dispositivos de proteção

e punição em várias frentes, como destaca Meneghel *et al*. (2013) em seu estudo. Campos (2015a, 2015b) destaca a falta de coordenação nacional da política aliada a uma rede especializada de serviços que é insuficiente por focar nas capitais e regiões metropolitanas, além da insuficiência orçamentária. O número baixo de DEAMs, servidoras e infraestrutura inadequada para atenderem mulheres também é indicado por Campos (2015b) e Sardenberg, Tavares e Gomes (2016). Este foco nas DEAMs indica que a política se concentrou na esfera policial. Não obstante, esta desestruturação configura morosidade no atendimento (SARDENBERG; TAVARES; GOMES, 2016). Bonetti, Pinheiro e Ferreira (2016) ainda ressaltam o uso de elementos burocráticos que impedem denúncia (a exemplo de que o Boletim de Ocorrência só poderia ser registrado nas DEAMs, o que não é verdade).

Campos (2015a) aponta que os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar são sobrecarregados pela inadequação da estrutura do Judiciário a este novo Juizado, ainda considerando o fato de que competência híbrida (civil e criminal) dos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar não é respeitada, pois a maioria atua apenas na criminal e poucos ofertam os serviços na esfera cível que são indicados na LMP. Sardenberg, Tavares e Gomes (2016) ressaltam o papel dos magistrados, tendo em vista que há julgamento moral do juiz perante a mulher, o que é percebido na discricionariedade e lentidão no âmbito das medidas protetivas e no andamento da ação penal. Bonetti, Pinheiro e Ferreira (2016) ressaltam este aspecto da interpretação do limite entre a ação policial e o juiz referente às medidas protetivas (ou que seria papel de outras instituições, como a Defensoria Pública, as responsáveis pela medida). Meneghel *et al.* (2013) e Campos (2015a) entendem que há um movimento de resistência de setores conservadores da sociedade para deslegitimar a Lei neste ponto, fragilizando-a ainda mais.

Meneghel *et al*. (2013) destacam que há desestruturação em toda a rede de atenção pelo orçamento precário generalizado, assim como na estrutura de atendimento policial e jurídico à mulher, notadamente pela falta de recursos materiais e de pessoas e fragmentação da rede de atenção somados à fragilidade das defensorias públicas e dos Departamentos Médico-Legais, reduzindo acesso à Justiça pela mulher (CAMPOS, 2015a). Temos ainda a ausência de sistema informatizado nas autoridades policiais que impactam na lentidão nos processos de inquérito. O contexto dos poucos centros de referência especializados para atendimento aponta casas-abrigo com serviços precários, além de pouca busca, informação ou desconhecimento (CAMPOS, 2015b) que podem ter relação com os serviços sendo ofertados em localidades de difícil acesso (SARDENBERG; TAVARES; GOMES, 2016).

O caso das Medidas Protetivas de Urgência é notório. Losurdo e Barbosa (2017) entendem que a indefinição da natureza jurídica das medidas de urgência (observada no art. 12-C, incluído pela Lei 13.827/2019) pode dar conteúdo cautelar às MPUs, restringi-las à proposição de uma ação principal e fortalecer ainda mais a discricionariedade do juiz. Meneghel *et al.* (2013) observam em seus estudos um "excesso de medidas protetivas" na visão do operador judiciário. A falta de capacitação de membros do Ministério Público e Judiciário (CAMPOS, 2015a), das autoridades policiais para o atendimento à vítima e de conhecimento dos procedimentos introduzidos pela LMP (BONETTI; PINHEIRO; FERREIRA, 2016) demonstram a necessidade de instância autônoma da sociedade civil para monitoramento e implementação da lei (SARDENBERG; TAVARES; GOMES, 2016). Vejam-se no

Quadro 3 as dimensões processuais ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha na fase de ocorrência imediata à violência.

Quadro 3 – Dimensões processuais ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha na fase de ocorrência imediata à violência

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
Art. 9º	Assistência à vítima da violência e ressarcimento do agressor no § 4º	Não aplicação das medidas pelo desconhecimento da autoridade policial e da vítima	Não desenvolvimento de mecanismos que dão garantia de assistência quando da denúncia, reduzindo a mesma	Redução potencial de denúncia e revitimização
Arts. 10-A, 11, 12, 12-A, 12-C e 14-A	Atendimento da autoridade policial quanto ao procedimento de testemunho, informações e direitos às vítimas, criação das DEAMs	Não aplicação das medidas pelo desconhecimento da autoridade policial	Não aplicação de medidas que revitimizam a mulher, assim como desamparo	Reduz potencial de denúncia e revitimiza e coloca a vítima em perigo
Arts. 16 e 17 combinados	Renúncia da representação e vedação da pena de multa, cesta básica ou outras de prestação pecuniária	Desconhecimento da vítima	Não aplicação de informação à vítima que permita tomada de decisão adequada	Redução potencial de denúncia, revitimização e manutenção do circuito da violência
Art. 18, 19 e 20	Expedição das medidas protetivas em até 48 horas, concedidas pelo juiz, ou solicitadas pelo MP ou pela ofendida Possibilidade de prisão preventiva do agressor	Burocracia Ameaças à vítima Não localização do agressor	Não aplicação de medidas que protejam a vida da vítima e dependentes	Redução potencial de denúncia, revitimização e manutenção do circuito da violência
Arts. 28 a 33	Institucionalização dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher	Falta de política e orçamento para a criação dos juizados	Processos são julgados nas varas cíveis e criminais até a criação dos Juizados	Acúmulo dos processos Morosidade

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
Art. 35, incisos I, II e III	Criação de centros de atendimento integral e multidisciplinar Criação de casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes Criação de delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher	Falta de política intergovernamental e interfederativa e orçamento para a criação dos centros, casas-abrigo e instrumentos da esfera jurídica	Condições para realizar atendimento adequado às vítimas que são fragilizadas Falta de espaços adequados para abrigar mulheres e dependentes em situação de violência doméstica e intrafamiliar Serviços especializados no âmbito cível, criminal e médico-legal para atender vítimas são reduzidos	A política que estrutura a LMP é totalmente fragilizada sem as condições estruturantes
Art. 44	Abertura de ação penal com base no art. 129, § 9º, 10, 11 e 12 do Código Penal	Renúncia da vítima Morosidade Provas insuficientes	Não imputação do crime ao agressor	Redução potencial de denúncia, revitimização e manutenção do circuito da violência

Fonte: elaborado pelo autor a partir de BRASIL, 2006.

Por fim, no âmbito da fase de pós-violência, Garcia, Freitas e Höfelmann (2013) entendem que o grau de implantação das medidas previstas na LMP pode ter sido insuficiente pelo fato de que os profissionais envolvidos na lei – incluindo aqueles incluídos no sistema legal – compartilham os mesmos preconceitos predominantes na sociedade. Para tanto, esta fase congrega duas das etapas mais significativas: (i) a estrutura de apoio à vítima e ao agressor; e (ii) a construção do conhecimento dos resultados da própria Lei. A informação é meio de exercício de poder, assim como caminho a mostrar a realidade de violência. Portanto, sem informação, não há como captar o cenário pós-violência e, sobretudo, medir os resultados decorrentes da aplicação desta Lei. Convém salientar a existência de dois projetos de lei na Câmara dos Deputados que tratam sobre o tema: (i) o PL 976/2019, que trata de criação de banco de dados referentes à concessão de medidas protetivas; e (ii) o PL 5000/2016, que institui a Política Nacional de Informações Estatísticas Relacionadas à Violência contra a Mulher (Pnainfo). Aliás, quanto às medidas protetivas, o art. 38-A, incluído pela Lei 13.827/2019, já prevê o seu registro, bem como o § 4º, art. 19, modificado pela Lei 14.550/2023. Veja no Quadro 4 as dimensões processuais ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha na fase de pós-violência e monitoramento.

Sopesando, por outro lado, as críticas, em parte desconexas, de autores como Nilo Batista (2007), para o qual a LMP é essencialmente punitiva, bem como as interpretações de Vera Regina de Andrade (2013) e Marília Montenegro (2020), para as quais a LMP apostaria na carga punitiva para o combate em sentido estrutural da violência contra a mulher, demonstram que, em certa medida, os autores, na crítica da lei, desconsideram o todo para imputar a artigos isolados uma leitura, pela ótica do Direito Penal Mínimo, cujo sentido envolveria a LMP em essência punitiva. Tal posicionamento é refutado por Carmen Campos (2011), além de Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis (2014) e Salo de Carvalho (2022), em que a LMP denotaria lógica extrapenal. Mas de qual sentido penal decorre a disputa em torno da LMP? De fato, dos 46 artigos da LMP, apenas cinco são concretamente de natureza penal. Vejamos, em ordem: (i) art. 24-A: descumprimento de medidas protetivas de urgência, com detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos; (ii) art. 42: a inclusão de mais uma hipótese de prisão preventiva; (iii) art. 43: a inserção de uma nova circunstância agravante da pena; (iv) art. 44: a previsão de majorante, caso o crime de lesão corporal tenha sido praticado no âmbito das relações domésticas; e (v) art. 45: a possibilidade de o juiz da execução penal determinar o comparecimento do agressor a programas de educação e reabilitação. Desta forma, a leitura isolada leva às críticas como a de Cezar Bitencourt (2023), a respeito da criação de dispositivo do art. 24-A quando da existência do art. 330 do Código Penal – quando a opção do legislador ao criar o dispositivo foi a de demonstrar que o descumprimento de MPU é elemento *sui generis* da conjuntura de violência contra a mulher e não mais um artigo fundamentado na lógica penal, pelo contrário, reforça o constructo da leitura combinada dos artigos em defesa da aplicação e garantia de execução da mesma.

Quadro 4 – Dimensões processuais ao desenvolvimento da Lei Maria da Penha na fase de pós-violência e monitoramento

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
Art. 22, incisos V, VI e VII Art. 35, incisos IV e V	Prestação de alimentos provisionais ou provisórios Programas de recuperação e reeducação Acompanhamento psicossocial do agressor	Interpretação do juiz a respeito de ação de alimentos Cadastro, monitoramento e acompanhamento do agressor em programas de combate à violência	Desamparo da vítima em relação aos alimentos, seja com ou sem filhos Agressor não realiza as atividades psicossociais previstas na Lei	Vítima em desamparo financeiro, o que reduz potencial denúncia por causa da relação de dependência Agressor não compreende a violência e continua praticando
Arts. 23, 24 e 24-A combinados	Medidas para proteção de dependentes da vítima Proteção patrimonial da	Interpretação do juiz a respeito da aplicação do artigo Desconhecimento da vítima sobre estes direitos	Desconhecimento da vítima sobre proteção dos dependentes e não aplicação por parte do juiz	Potencial reduzido de denúncia em virtude de a vítima ter medo pelo rompimento da relação de dependência

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
	vítima na relação com o agressor Descumprimento de medida protetiva	Recorrência do descumprimento pelo agressor	Desproteção de bens e direitos da agredida Desproteção da vítima	
Art. 35, incisos IV e V	Elaboração de programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar Criação de centros de educação e de reabilitação para os agressores	Falta de políticas institucional, inter-governamental e interfederativa Falta de orçamento público	Compreensão da violência doméstica e familiar como forma de violência aos direitos humanos e crime Meios para agressores realizarem acompanhamento psicossocial	Manutenção do circuito da violência pelo medo da vítima realizar denúncia Impossibilidade de agressores realizarem acompanhamento psicossocial
Art. 38	Criação de bancos de dados relativos às estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher	Não desenvolvimento de sistemas de informação para bancos de dados Não envio de informações por Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal	Desconhecimento dos números reais de violência doméstica e familiar contra a mulher	Apagão estatístico Subnotificação Desconhecimento da realidade Violência como mal menor
Art. 42	Decretação da prisão preventiva	Interpretação do juiz a respeito de urgência e garantia de execução de MPU	Redução do alcance de proteção da vítima	Desproteção da vítima
Art. 43	Circunstância agravante da pena	Interpretação do juiz a respeito de violência doméstica	Redução da pena e sentido punitivo	Deslegitimação da LMP e alcance aplicativo
Art. 44	Previsão de majorante em caso de lesão corporal decorrente de violência doméstica	Interpretação do juiz a respeito de violência doméstica	Redução da pena e sentido punitivo	Deslegitimação da LMP e alcance aplicativo

Artigo	Instrumento	Gargalo	Impacto direto	Consequências
Art. 45	Comparecimento do agressor a programas de educação e reabilitação	Resistência do agressor Interpretação do juiz a respeito de necessidade do programa	Ineficácia do sentido pedagógico envolto à LMP	Deslegitimação da LMP e alcance aplicativo

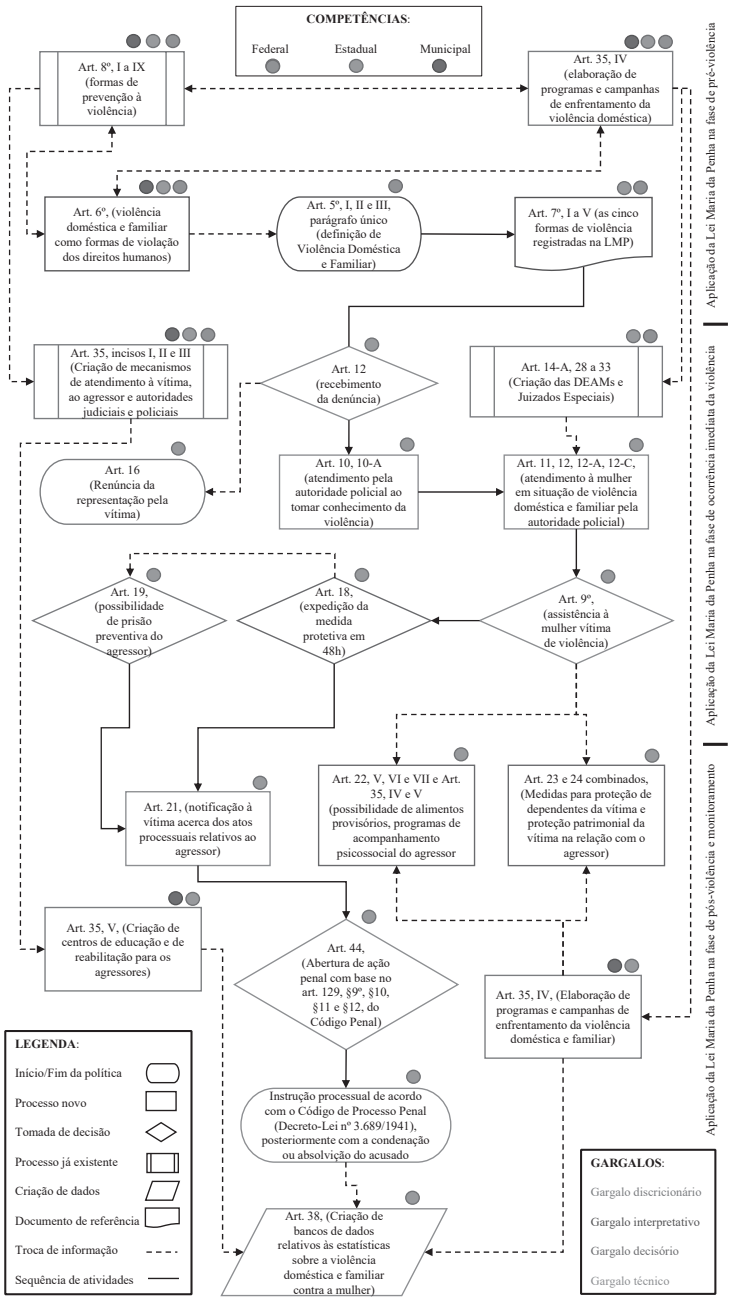
Fonte: elaborado pelo autor a partir de BRASIL, 2006.

Por fim, a Figura 2 procura sintetizar o mapeamento dos fluxos e processos da Lei Maria da Penha em três fases distintas. Delimitamos um fluxograma com base em Rebouças (2009), em que adaptamos a fim de delimitar fases, processos, atores, competências e gargalos, para demostrar, descritivamente, a operacionalização da lei distante de sua interpretação burocrática, propondo interpretação *sui generis*. Primeiramente, abordamos as competências em nível federal, estadual e municipal a partir daquilo o que é preconizado na Lei. Entendemos que evidenciar as competências implica saber o direcionamento de cobranças e estruturação de ações que permitem compartilhamento adequado. A LMP é complexa e, por ser uma lei que articula diferentes níveis de governo, implica coordenação de políticas públicas. As competências estão diferenciadas por círculos em três cores distintas acima de cada etapa do fluxograma descrito.

Em segundo, delimitamos um caminho processual do início ao fim, destacando duas formas em que a lei "termina": (i) quando da desistência pela vítima na audiência para esta finalidade; e (ii) quando da abertura da ação penal. Cada processo é delimitado por uma figura característica utilizada em fluxogramas. Aqui destacamos os processos novos previstos na lei, os momentos de tomada de decisão, os processos já existentes antes da LMP e as fases em que se criam dados, estatísticas e documentos de referência. Ainda, nesse aspecto, as linhas tracejadas e retas entre os processos representam, respectivamente, os momentos de troca de informação e de sequência de atividades.

Em terceiro, delimitamos os gargalos que se sobrepõem em maior evidência e que caracterizam aquele determinado processo. Quando delimitamos, por exemplo, um gargalo como "discricionário" na figura, não significa que não se tenha um gargalo técnico, por exemplo. Pelo contrário, significa que aquele processo detém a tomada de decisão em tempo e em formas diretamente associadas a quem decide, por isso, mesmo que se tenham parâmetros técnicos que baseiam a decisão, aquela fase tem preponderância de impacto no processo em uma lógica de tomada de decisão. Os gargalos estão destacados por cores. Veja na Figura 2 o mapeamento dos fluxos e processos da Lei Maria da Penha em três fases distintas.

Figura 2 – Mapeamento dos fluxos e processos da Lei Maria da Penha em três fases distintas



Acesse o QR Code para visualizar a imagem colorida

Fonte: elaborado pelo autor.

6. Considerações finais

O presente trabalho procurou mapear o desenvolvimento da implementação da Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, à luz do mapeamento de processos, escavando suas operações, fases, conceitos e atividades estruturadas. Trata-se, em sentido figurado, de investigar os processos ocultos que não são evidenciados na letra fria da Lei. Com esta tentativa, evidenciamos os arranjos e os instrumentos da ação pública que envolve o processo de combate à violência contra a mulher, destacando as determinantes de implementação que potencializam e impactam em falhas estruturantes.

Ambiguidades, conflitos, interpretações, resistências, falta de infraestrutura e pessoal qualificado, indisponibilidade de recursos e orçamento, além de pouca disposição ao desenvolvimento da lei caracterizam a Lei Maria da Penha como uma proposta que, mesmo decorridos quase 15 anos de sua sanção, ainda se encontra em implementação em seu estágio mais embrionário: o de se mostrar como uma lei de fato.

A partir do mapeamento em três fases distintas, demonstramos que as fases que articulam a Lei Maria da Penha são críticas não apenas em sua concepção do que pretendem em cada momento, mas por operacionalizar ações em cadeia a partir de mecanismos que, sendo mal executados, fragilizam a aplicação da Lei como um todo. A questão que trouxemos à discussão é que a Lei Maria da Penha não é uma Lei falha ou mal elaborada. Pelo contrário, é uma lei que propõe o combate à violência a partir de lógicas conceituais ampliadas, com base em convenções internacionais e que, obviamente, não está imune às críticas pelas suas premissas conceituais. Ao mesmo tempo, possui instrumentos que, ao menos no papel, indicam um sistema de proteção ampliado em prevenção, proteção e punição. Contudo, como procuramos demonstrar, é uma lei operacionalizada conceitual e tecnicamente por pessoas em todas as suas fases – o que demanda qualificação, capacitação e trabalho constante no aperfeiçoamento de mecanismos de mudança comportamental daqueles que operam o Direito para a sua efetiva garantia.

Como ponderado na argumentação deste trabalho, a operacionalização da LMP é complexa na medida em que: (i) se organiza em três medidas analíticas de orientação de política pública: a prevenção, proteção e combate; (ii) articula diferentes ramos do Direito, se mantendo na estrutura extrapenal, ao contrário dos críticos que tendem a situar a LMP como estritamente punitiva; (iii) é densamente intergovernamental e intersetorial. Nesta leitura, a LMP é orientada em contexto estrutural da violência contra a mulher no seu alcance doméstico e intrafamiliar. Este último aspecto precisa ser rememorado continuamente.

A LMP tem como alcance um aspecto de abrangência significativa da violência contra a mulher. Todavia, a lei não se restringe à violência no enquadramento doméstico e intrafamiliar em sua totalidade. A crítica de que a LMP se restringe é parte mobilizada pela crítica de sua insuficiência à conjuntura de violência. Tal leitura é igualmente infundada, na medida em que as fases de prévia e pós-violência contém artigos e ações que se destinam para além deste contorno da LMP e podem situar políticas públicas abrangentes. Por outro lado, a fase imediata à violência é restrita aos conceitos mobilizados pela lógica doméstica

e intrafamiliar, afastando ações abrangentes. Contudo, esta fase em si se caracteriza pela visão do legislador nos casos concretos que serviram à lei[7].

O desafio da LMP é sua articulação das fases pré, imediata e pós-violência no tocante às políticas, de maneira que sua criação se oriente pela conjuntura da violência e não necessariamente à divisão que restringe parcialmente a fase imediata à violência. Por outro lado, isso exige tripla ação: do Executivo, coordenando políticas; do Legislativo, com normas abrangentes e atentas aos casos concretos; e do Judiciário, construindo pontes com demais atores para reorganização de suas estruturas burocráticas – esta é uma agenda pesquisa que pode trazer fôlego a uma lei que completará 20 anos em 2026, com material suficiente para análise de sua capacidade.

A Lei Maria da Penha, portanto, envolve processo de construção e desconstrução quando não desenvolvida nos termos preconizados, uma vez que se choca com atores, processos, instituições e mecanismos que destecem as dinâmicas nas ações de combate à violência contra a mulher. Neste sentido, é uma Lei que necessita do envolvimento da sociedade na cobrança ao cumprimento da Lei e, não obstante, na cobrança das atitudes e mentalidades daqueles que a operacionalizam.

7. Referências

ALBUQUERQUE, Anna Cynthia Barros de; PEIXOTO SANTA RITA, Luciana. Gestão por processos em organizações públicas: mapeamento dos processos administrativos do Departamento de Registro e Controle Acadêmico da UFAL. *Ciência da Informação em Revista*, v. 6, n. 2, p. 120-139, 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.28998/cirev.2019v6n2h]. Acesso em: 04.05.2021.

ALMEIDA, Lia de Azevedo; GOMES, Ricardo Corrêa. Processo das políticas públicas: revisão de literatura, reflexões teóricas e apontamentos para futuras pesquisas. *Cadernos Ebape*, v. 16, n. 3, p. 444-455, 2018. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/1679-395164108]. Acesso em: 04.05.2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia* – O controle penal para além da (des)ilusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ARAUJO, Maria de Fátima. Gênero e violência contra a mulher: o perigoso jogo de poder e dominação. *Psicologia para América Latina*, México, n. 14, out. 2008. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000300012&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 04.06.2020.

AUYERO, Javier. *Patients of the state*: the politics of waiting in Argentina. Durham, NC; London: Duke University Press, 2012.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Sociedade & Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, 2014. Disponível em: [http://scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 04.06.2020.

7. Bitencourt (2023) analisa como este aspecto é crítico na origem legislativa brasileira.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 1977.

BATISTA, Nilo. Só Carolina não viu: violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERGEN, Ann; WHILE, Alison. 'Implementation deficit' and 'street-level bureaucracy': policy, practice and change in the development of community nursing issues. *Health and Social Care in the Community*, v. 13, n. 1, p. 1-10, 2004. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/j.1365-2524.2005.00522.x]. Acesso em: 16.05.2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte especial. 23. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. v. 2.

BONETTI, Alinne de Lima; PINHEIRO, Luana; FERREIRA, Pedro. A segurança pública no atendimento às mulheres: uma análise a partir do Ligue 180. In: SARDENBERG, Cecilia Maria Bacellar; TAVARES, Márcia Santana; GOMES, Márcia Queiroz (Orgs.). *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento* [*on-line*]. Salvador: EDUFBA, p. 145-185, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.7476/9788523220167.0006]. Acesso em: 21.05.2021.

BRAVO, Renata. *Feminicídio* – Tipificação, Poder e Discurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CAMPOS, Carmen Hein de. A CPMI da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Estudos Feministas*, v. 23, n. 2, p. 519-531, 2015b. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p519]. Acesso em: 04.05.2021.

CAMPOS, Carmen Hein de. Desafios na implementação da Lei Maria da Penha. *Revista Direito GV*, v. 11, n. 2, p. 391-406, 2015a. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/1808-2432201517]. Acesso em: 04.05.2021.

CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARDOSO, Bruno Baranda. A implementação do auxílio emergencial como medida excepcional de proteção social. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 4, p. 1052-1063, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/0034-761220200267]. Acesso em: 04.05.2021.

CARVALHO, Salo de. *Curso de criminologia crítica brasileira* – Dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins; MARTINS, Ana Paula Antunes; PINTO JÚNIOR, Jony Arrais. *Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha*. Texto para Discussão (TD) 2048. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2015. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3538]. Acesso em: 11.10.2023.

CHAKIAN, Silvia. *A construção dos direitos das mulheres* – Histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CHARBIT, Claire. Governance of public policies in decentralised contexts: the multi-level approach. *OECD Regional Development Working Papers*, 2011/04, OECD Publishing, 2011. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1787/5kg883pkxkhc-en]. Acesso em: 27.09.2019.

COSTA, Maria Teresa Pires; MOREIRA, Elzeni Alves. Gestão e mapeamento de processos nas instituições públicas: um estudo de caso em uma Universidade Federal. *Revista*

Gestão Universitária na América Latina, v. 11, n. 1, 162-183, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.5007/1983-4535.2018v11n1p162]. Acesso em: 04.05.2021.

DAVENPORT, Thomas Hayes. *Process innovation*: reengineering work through Information Technology. Boston: Harvard Business School Press, 1993.

ESPÍNOLA, Caroline. *Dos direitos humanos das mulheres à efetividade da Lei Maria da Penha*. Curitiba: Appris, 2018.

FERNANDEZ, Michelle Vieira; GUIMARÃES, Natália Cordeiro. Caminhos teórico-metodológicos para a análise da burocracia de nível de rua. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 32, p. 283-322, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/0103-335220203208]. Acesso em: 04.05.2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023b. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf]. Acesso em: 10.10.2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Visível e invisível* – A vitimização de mulheres no Brasil. 4. ed. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023a. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/03/visiveleinvisivel-2023-relatorio.pdf]. Acesso em: 10.10.2023.

GARCIA, Leila Posenato. A magnitude invisível da violência contra a mulher. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 25, n. 3, 451-454, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.5123/S1679-49742016000300001]. Acesso em: 25.09.2021.

GARCIA, Leila Posenato; FREITAS, Lúcia Rolim Santana de; HÖFELMANN, Doroteia Aparecida. Avaliação do impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 22, n. 3, p. 383-394, 2013. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742013000300003]. Acesso em: 04.05.2021.

GIMENES, Eron Veríssimo; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. *Lei Maria da Penha explicada*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2020.

GUIMARÃES, Maria de Nazaré Saavedra. *Direitos humanos no cotidiano jurídico*. A Violência contra a Mulher – um estudo comparativo entre as legislações do Brasil e da Argentina. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2020.

HOWLETT, Michael. Public managers as the missing variable in policy studies: an empirical investigation using Canadian data. *Review of Policy Research*, v. 28, n. 3, 247-263, 2011. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/j.1541-1338.2011.00494.x]. Acesso em: 16.05.2021.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública* – seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral. São Paulo: Campus, 2013.

JANNUZZI, Paulo Martins. Avaliação de programas sociais no Brasil: repensando práticas e metodologias das pesquisas avaliativas. *Planejamento e Políticas Públicas*, 36, p. 251-275, 2011. Disponível em: [https://ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/228]. Acesso em: 16.05.2021.

JOHN, Peter. Is there life after policy streams, advocacy coalitions, and punctuations: Using evolutionary theory to explain policy change? *Policy Studies Journal*, v. 31, n. 4, p. 481--498, 2003. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/1541-0072.00039]. Acesso em: 16.05.2021.

KUMAR, Sunil; DHINGRA, Ashwani Kumar; SINGH, Bhim. Cost reduction by value stream mapping using Lean-Kaizen concept: a case study. *International Journal of Productivity and Quality Management*, v. 24, n. 1, p. 12-32, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1504/IJPQM.2018.091166]. Acesso em: 16.05.2021.

LIMA, Luciana Leite; D'ASCENZI, Luciano. Implementação de políticas públicas: perspectivas analíticas. *Revista de Sociologia Política*, v. 21, n. 48, p. 101-110, 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0104-44782013000400006]. Acesso em: 04.05.2021.

LIPSKY, Michael. *Street level bureaucracy*: dilemmas of the individual in public services. Nova Iorque: Russell Sage Foundation, 1980.

LOSURDO, Federico; BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. Medidas protetivas de urgência em âmbito internacional: da proteção a mulheres vítimas de violência doméstica em caráter de urgência no Brasil e no direito comparado. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, v. 3, n. 1, p. 116-136, 2017. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2017.v3i1.1963]. Acesso em: 16.05.2021.

LOTTA, Gabriela (Org.). *Teoria e análises sobre implantação de políticas públicas no Brasil.* Brasília: Enap, 2019.

MATLAND, Richard E. Synthesizing the implementation literature: the ambiguity-conflict model of policy implementation. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 5, n. 2, p. 145-174, 1995. Disponível em: [https://jstor.org/stable/1181674]. Acesso em: 16.05.2021.

MEDEIROS, Cristiane Reis Soares; CAVALCANTE, Pedro. A implementação do programa de saúde específico para a população em situação de rua – Consultório na rua: barreiras e facilitadores. *Saúde e Sociedade*, v. 27, n. 3, p. 754-768, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/s0104-12902018170946]. Acesso em: 04.05.2021.

MENDES, Soraia da Rosa. *Processo penal feminista*. São Paulo: Atlas, 2020.

MENEGHEL, Stela Nazareth; MUELLER, Betânia; COLLAZIOL, Marceli Emer; QUADROS, Maíra Meneghel de. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 691-700, 2013. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000300015]. Acesso em: 04.05.2021.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha* – Uma análise criminológico-jurídica. Rio de Janeiro: Revan, 2020.

MOON, Myung-Jae; INGRAHAM, Patricia. Shaping administrative reforms and governance: an examination of the political nexus triad in three Asian countries. *Governance*, v. 11, n. 1, p. 77-100, 1998. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/0952-1895.581998058]. Acesso em: 16.05.2021.

NOVATO, Valéria de Oliveira Lemos; NAJBERG, Estela; LOTTA, Gabriela Spanghero. O burocrata de médio escalão na implementação de políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 3, p. 416-432, 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/0034-761220190228]. Acesso em: 04.05.2021.

OLIVEIRA, Jefferson Menezes de; GROHMANN, Márcia Zampieri. Gestão por processos: configurações em organizações públicas. *Pensamento & Realidade*, v. 31, n. 1, 56-80, 2016. Disponível em: [https://revistas.pucsp.br/index.php/pensamentorealidade/article/view/27335]. Acesso em: 16.05.2021.

OLLAIK, Leila Giandoni; MEDEIROS, Janann Joslin. Instrumentos governamentais: reflexões para uma agenda de pesquisas sobre implementação de políticas públicas no Brasil.

Revista de Administração Pública, v. 45, n. 6, p. 1943-1967, 2011. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0034-76122011000600015]. Acesso em: 04.05.2021.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. *Public Management Reform*: a comparative Analysis – New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State. Oxford, England: Oxford University Press, 2011.

RAMOS, Karoll Haussler Carneiro; MONTEZANO, Lana; COSTA JÚNIOR, Rogério Leal da; SILVA, Ana Cláudia Alves de Medeiros. Dificuldades e benefícios da implantação da gestão de processos em organização pública federal sob a ótica dos servidores. *Revista Gestão & Tecnologia*, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 161-186, 2019. Disponível em: [https://doi.org/10.20397/2177-6652/2019.v19i4.1593]. Acesso em: 04.05.2021.

REBOUÇAS, Djalma de Pinho. *Sistemas, organização e métodos* – Uma abordagem gerencial. São Paulo: Atlas, 2009.

REZENDE, Flávio da Cunha. Razões da crise de implementação do Estado gerencial: desempenho *versus* ajuste fiscal. *Revista de Sociologia Política*, n. 19, p. 111-121, 2002. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/S0104-44782002000200008]. Acesso em: 04.05.2021.

RIBEIRO, Sônia Maria Amaral Fernandes. *De Cabral à Maria da Penha* – Uma abordagem constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial sobre a mulher e a violência doméstica e familiar no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROWELL, James. Do organisations have a mission for mapping processes? *Business Process Management Journal*, v. 24, 1, p. 2-22, 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.1108/BPMJ-10-2016-0196]. Acesso em: 16.05.2021.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Domestic violence in Brazil: social problems and legislative interventions (february 10, 2014). *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 13, p. 1-18, 2014. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2393610]. Acesso em: 11.10.2023.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SARDENBERG, Cecilia Maria Bacellar; TAVARES, Márcia Santana; GOMES, Márcia Queiroz. Monitorando a Lei Maria Da Penha: reflexões sobre a experiência do Observe. In: SARDENBERG, Cecilia Maria Bacellar; TAVARES, Márcia Santana; GOMES, Márcia Queiroz (Orgs.). *Violência de gênero contra mulheres: suas diferentes faces e estratégias de enfrentamento e monitoramento* [*on-line*]. Salvador: EDUFBA, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.7476/9788523220167.0003]. Acesso em: 21.05.2021.

SEGATO, Rita. *Las estructuras elementales de la violencia*: ensayos sobre género entre antropología, psicoanálisis y derechos humanos. Buenos Aires: Prometeo, 2003.

STRUYK, Raymond. Factors in successful program implementation in Russia during the transition: pilot programs as a guide. *Public Administration and Development*, v. 27, n. 1, p. 63-83, 2007. Disponível em: [https://doi.org/10.1002/pad.430]. Acesso em: 16.05.2021.

WALKER, Lenore. *The Battered Woman Syndrome*. 2. ed. New York: Springer Publishing, 2000.

WEIBLE, Christopher; CARTER, David. Advancing policy process research at its overlap with public management scholarship and nonprofit and voluntary action studies. *Policy Studies Journal*, v. 45, n. 1, p. 22-49, 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.1111/psj.12194]. Acesso em: 16.05.2021.

WHITE, Madeline; SATYEN, Lata. Cross-cultural differences in intimate partner violence and depression – A systematic review. *Aggression and Violent Behavior*, v. 24, p. 120-130, 2015. Disponível em: [https://sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1359178915000671]. Acesso em: 10.06.2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Global and regional estimates of violence against women prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*. Geneva: WHO, 2013. Disponível em: [https://who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/]. Acesso em: 10.06.2020.

XAVIER, Rafael Ricardo. *Feminicídio* – Análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Penha. 2. ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2019.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências, de Victor Sugamosto Romfeld – *RBCCrim* 140/109-137;
- Lei Maria da Penha: tutela diferenciada dos direitos das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, de Eduardo Cambi e Emmanuella Magro Denora – *RBCCrim* 133/219-255; e
- Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher, de Sérgio Salomão Shecaira e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *RBCCrim* 161/309-329.

Baptista, Vinicius Ferreira. Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 313-346. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515868].

Direito Por Quem o Faz

Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima

Technical brief on law of theft reform bill: for a criminal policy of disincarceration and victim oriented compensation

Ana Luisa Leão de Aquino Barreto
Doutoranda em Direito Penal na Universidade do Estado Rio de Janeiro. Mestra em Direito na Universidade Federal Rio de Janeiro (2017). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Integra o Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão e o Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5007704375133339].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-3358-8843].
analuisalabarreto@gmail.com

Bruna Portella de Novaes
Professora do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora em Direito pela PUC-Rio (2022). Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (2017). Integra o Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão, Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões e o NIREMA/PUC-Rio.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6896657729817207].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-2906-6161].
brunaportella@puc-rio.br

Diogo Justino
Pesquisador do Centro de Estudios sobre Genocidio (CEG/UNTREF), com bolsa de posdoc CONICET. Mestre e Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (UERJ).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4630958606993277].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-0313-2482].
diogopjs@gmail.com

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024.
DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

João Guilherme Leal Roorda

Professor de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-GV). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2022). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2013). Integra o Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2227457530192207].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0002-5525-8186].
joao.roorda@ufjf.br

Lucas Vianna Matos

Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal na Universidade do Estado Rio de Janeiro (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2013). Coordenador da área de Direitos e Sistema de Justiça do ISER. Integra o Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão e o Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1066621064741499].
Orcid: [https://orcid.org/0000 -0001-5880-7673].
lucasviannamatos@hotmail.com

Renata Saggioro Davis

Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestra em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2019). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2010). Integra o Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2417537689391537].
Orcid: [https://orcid.org/0000-0003-1076-500X].
renatasdavis@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

Autores convidados

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Trata-se de parecer técnico produzido pelo Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão apresentado ao mandato da Deputada Federal Talíria Petrone, com o objetivo de propor e fundamentar um Projeto de Lei que altera o tratamento conferido ao crime de furto. Este parecer fundamenta-se em uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento da vítima. Consideramos (i) o impacto das prisões por furto no sistema penal brasileiro; (ii) o nível de satisfação da vítima nos casos levados ao

Abstract: This is a technical opinion produced by the Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão and presented to the mandate of Federal Deputy Talíria Petrone, with the aim of proposing and substantiating a Bill that modifies the treatment given to the crime of theft. This opinion is based on a criminal policy of decarceration and victim compensation. We consider (i) the impact of theft imprisonments on the Brazilian criminal justice system; (ii) the level of victim satisfaction in cases brought to the criminal justice system;

sistema de justiça criminal; (iii) o tipo de ação penal (pública ou privada) a ser proposta no PL; (iv) a possibilidade de tipificação do furto por necessidade; (v) as consequências da reparação do dano nos delitos tributários na Jurisprudência brasileira em comparação com o crime de furto; e (vi) a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto e nos crimes tributários. Ao final, propõe-se um texto para o Projeto de Lei a ser apresentado ao Congresso Nacional.

Palavras-chave: Furto – Desencarceramento – Ação penal – Projeto de Lei – Política criminal.

(iii) the type of criminal action (public or private) to be proposed in the Bill; (iv) the possibility of classifying theft based on necessity; (v) the consequences of damage reparation in tax offenses in Brazilian Jurisprudence compared to theft; (vi) the application of the principle of insignificance in theft crimes and tax offenses. Finally, a text is proposed for the Bill to be presented to the National Congress.

Keywords: Theft – Decarceration – Criminal action – Bill – Criminal policy.

Sumário: 1. Por que retirar a pena de prisão do crime de furto?. 2. Por que o furto deve ser processado mediante representação?. 3. Acerca da tipificação do furto por necessidade. 4. A desigualdade de tratamento da reparação do dano entre crimes tributários e crimes de furto. 5. A desigualdade de tratamento relativa à insignificância da conduta nos crimes tributários e crimes de furto. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Por que retirar a pena de prisão do crime de furto?

O[1-2] crime de furto, nas modalidades simples (art. 155, *caput*) e qualificadas (art. 155, §§ 4º e 5º), corresponde a 11,7% dos delitos pelos quais as pessoas se encontram encarceradas no Brasil, de acordo com dados do INFOPEN de junho de 2017. Metade destes delitos corresponde a furtos qualificados (pena de dois a oito anos nas hipóteses do § 4º e três a oito anos na hipótese do § 5º)[3] e a outra metade é referente ao furto simples (pena de um a quatro anos). O número de 61.115 (11,7%) crimes de furtos tentados/consumados pelos quais

1. O parecer foi elaborado coletivamente como uma atividade do LabCap. Num primeiro momento, o trabalho de pesquisa e primeira versão do argumento foi dividido entre as(os) autoras(es) que assinam este parecer: Ana Luísa Barreto contribuiu para a última seção; Lucas Matos, para a terceira seção; João Guilherme Roorda, para as seções três a cinco; Renata Saggioro construiu a primeira seção e contribuiu para as seções dois e cinco; Fernanda Pradal e Bruna Portella contribuíram para a seção dois. Posteriormente, contudo, essa versão inicial foi revisada e debatida coletivamente, de forma que este texto consiste numa produção do Laboratório.
2. Este parecer foi revisado pelas(os) autoras(es) antes da submissão para a publicação. O processo de revisão incluiu correções de escrita e estilo, reformulação de alguns parágrafos e desenvolvimento de algumas ideias apresentadas no texto. O sentido geral e o conteúdo do parecer original foram mantidos.
3. O § 4º-A foi incluído pela Lei 13.654, de 2018, e o § 4º-B foi incluído pela Lei 14.155, de 2021, não havendo situações referentes a estes casos no INFOPEN de junho/2017, portanto.

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento demonstra a importante incidência deste delito nas prisões brasileiras, em um contexto estrutural de superencarceramento e superlotação prisional.

Os movimentos sociais, a pesquisa acadêmica empírica e os diversos dossiês produzidos por órgãos internacionais, como a ONU[4], têm demonstrado que o funcionamento do sistema penal brasileiro é caracterizado por intensa seletividade racial[5]. Quando investigadas ou processadas criminalmente, pessoas negras sofrem mais com arbitrariedades policiais e judiciais e têm mais dificuldades de acesso à defesa no sistema de justiça criminal (ADORNO, 1995; ALVES, 2017).

Essa realidade é agravada nas dinâmicas de criminalização dos conflitos patrimoniais, que apresentam níveis mais altos de condenação para pessoas negras em comparação com réus brancos, apontando o quadro de afinidade eletiva entre raça e punição. Nesse sentido, Renato Sérgio de Lima (2004), articulando diversas pesquisas empíricas sobre o tema, observou que, nos crimes contra a propriedade, pessoas negras têm mais chances de serem encarceradas do que pessoas brancas. O pesquisador percebeu ainda, a partir de análise de fluxos processuais, que mulheres negras são as mais vulneráveis ao processo de encarceramento[6]. O tratamento mais severo do sistema penal contra pessoas negras e pobres se articula com o racismo institucional, aspectos socioeconômicos e demográficos, pressupostos morais e dinâmicas técnico-processuais que não foram modificados no processo de redemocratização do país (LIMA, 2004).

Assim, o delito de furto, que é um crime sem violência contra a pessoa e, em geral, de baixa lesividade, dinamiza um processo de criminalização desproporcional que resulta em altas taxas de encarceramento seletivo. Em pesquisa sobre a criminalização do furto, que analisou 2.494 processos judiciais em cinco localidades brasileiras (Belém, Recife, Porto Alegre, Distrito Federal e São Paulo), Fabiana Barreto (2006) identificou que 50% dos casos

4. Nesse contexto, destaca-se trecho do Relatório Mundial 2015 sobre direitos humanos da ONU, no sentido de que "negros enfrentam risco significativamente maior de encarceramento em massa, abuso policial, tortura e maus-tratos, negligência médica e recebem sentenças maiores que os brancos pelo mesmo crime e a discriminação na prisão – sugerindo alto grau de racismo institucional" (ONU, 2016).

5. A seletividade racial do sistema penal é evidenciada, por exemplo, no Relatório de Audiência de Custódia realizado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia. De um total de 1089 flagrantes analisados em 2015, a raça autodeclarada pelas pessoas presas em flagrante foi de 99,3% de pretos/pardos. Em 2016, em um total de 4.981 flagrantes analisados, os dados se repetem, com 99,2% de autodeclarados pretos/pardos. Em 2017, foram 98,7% autodeclarados pretos/pardos, de um total de 6.135 flagrantes analisados. Em 2018, constataram-se 98,2% de autodeclarados pretos/pardos e 1,8% de brancos de um total de 5.588 flagrantes (DEFENSORIA, 2019).

6. Observando fluxos processuais de mulheres e homens brancos e negros que foram indiciados pelo crime de roubo consumado (art. 157 do CP), o pesquisador observou as trajetórias dos indivíduos, nas quais "os homens brancos têm diminuída sua probabilidade de serem condenados e cumprirem, efetivamente, penas de prisão e, em sentido contrário, as mulheres negras são, proporcionalmente, muito mais punidas com prisão do que as demais mulheres e, mesmo, do que os homens negros" (LIMA, 2004, p. 63).

de furto analisados envolviam a subtração de objetos de até um salário-mínimo. É importante destacar que os dispositivos secundários das formas qualificadas do art. 155 cominam penas privativas de liberdade bastante elevadas, especialmente, levando-se em consideração a amplitude das hipóteses fáticas que qualificam o tipo, o que na prática restringe a ocorrência do furto simples a situações muito específicas.

A pesquisa de Barreto apontou ainda um alto número de furtos qualificados no total de casos observados. Houve uma maioria de furtos qualificados em São Paulo (30,72% de furtos simples e 64,25% de qualificados), Distrito Federal (30,92% de furtos simples e 64,14% de qualificados) e Porto Alegre (37,03% de furtos simples e 59,93% de qualificados). Em Recife, houve um número similar de casos (49,3% de furtos simples e 46,53% de qualificados) e apenas em Belém verificou-se um maior enquadramento das condutas como furto simples (49,3% de furtos simples e 46,53% de qualificados)[7].

Outro aspecto político-criminal importante em relação ao delito de furto foi identificado pela pesquisa de Carolina Costa Ferreira (2010), realizada na Universidade de Brasília. Comparados processos judiciais de furto (art. 155 do CP), roubo (art. 157 do CP) e peculato (tipificado no art. 312 do CP), que tramitaram nos Tribunais Regionais Federais, ficou demonstrado que o sistema de justiça criminal é muito mais rigoroso na persecução dos crimes contra o patrimônio em comparação aos crimes contra a administração pública.

Os dados empíricos trabalhados na pesquisa de Ferreira (2010) ajudam a compreender por que o crime de furto, mesmo sendo delito cometido sem violência e contra o bem jurídico patrimônio, ocupa lugar importante nas estatísticas de encarceramento por tipo penal. A pesquisadora observou empiricamente que o Judiciário aplica com maior rigor e intensidade a pena privativa de liberdade nos crimes contra o patrimônio, mediante diversos mecanismos, como penas-bases mais altas, resistência em substituir pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito e predileção pelo regime fechado. Em muitos casos, a seletividade se manifesta de forma sutil, por meio, por exemplo, da imputação de crimes complementares, especialmente, de tipos associativos, o que normalmente não ocorre nos casos de peculato.

A criminalização do furto e o seu papel no quadro do superencarceramento brasileiro têm produzido debates acadêmicos e político-criminais sobre a desproporcionalidade entre o potencial lesivo do delito e as consequências em termos de encarceramento. Fabiana Barreto (2006), discutindo a violação da presunção de inocência em casos de decretação de prisão provisória na persecução de crimes de furto, apontou que a vedação legal à prisão nessas hipóteses é o único caminho capaz de adequar a criminalização do furto com os princípios da proporcionalidade, intervenção mínima do direito penal e lesividade[8].

7. Além de furtos simples e qualificados, a autora também encontrou casos de furtos noturnos, privilegiados e de transporte de veículo para outro Estado, totalizando 100% de casos.

8. A pesquisadora, inclusive, observa que na ocasião dos debates legislativos sobre a democratização do sistema de justiça, logo em seguida à promulgação da Constituição de 1988, foram apresentados projetos de lei que passavam a considerar o furto como crime de menor potencial ofensivo (PL 3.698/1989 e PL 1.708/1989) (BARRETO, 2006).

Uma questão importante, que reforça a necessidade de vedação de pena de prisão para delitos de furto simples e a diminuição da pena privativa de liberdade cominada para o furto qualificado, é que a aplicação do princípio da insignificância pelo sistema de justiça é muito restritiva e, acima de tudo, inconsistente. Em pesquisa empírica sobre a aplicação do princípio da insignificância em casos de furto, Thaís Cândido e Fernanda Ifanger (2018) observaram que, mesmo com os critérios definidos pelo STF, a aplicação do princípio varia de acordo com as opções político-criminais dos atores jurídicos (juízes). Em termos estruturais, os critérios não funcionam para equilibrar a desproporção entre criminalização e ínfimas lesões ao bem jurídico.

Assim, a pesquisa demonstra que a aplicação do princípio – e consequente afastamento da tipicidade do crime – restringe-se a situações muito específicas, que extrapolam, em rigor, os critérios do STF, normalmente com a articulação de circunstâncias como crime tentado, restituição do bem e valores subtraídos excepcionalmente baixos e irrelevantes para as vítimas (CÂNDIDO, IFANGER, 2018). Por outro lado, a rejeição ao princípio também se fundamenta em critérios estranhos à jurisprudência do STF, como maus antecedentes do sujeito criminalizado, não recepção da teoria pela doutrina brasileira, furtos qualificados por escalada ou rompimento de obstáculos (mesmo que os valores sejam ínfimos), entre outros.

A aplicação judicial do princípio da insignificância tem se mostrado, portanto, insuficiente para a efetiva realização dos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima do direito penal e lesividade. Nesse contexto, é prudente que o Poder Legislativo, em gesto de política criminal adequado aos princípios penais constitucionais e à demanda de redução do superencarceramento, determine do ponto de vista legal que o crime de furto simples não tenha previsão de pena privativa de liberdade e que o tipo de furto qualificado tenha a pena cominada diminuída, de forma a se transformar em delito de menor potencial ofensivo, nos termos propostos neste Projeto de Lei.

Assim, este Projeto de Lei busca corrigir a desproporcionalidade da pena nos casos de furto (seja simples ou qualificado). Para o furto simples, propõe como pena multa proporcional ao valor do bem subtraído, evitando, nestes casos, a prisão. Destaque-se que hoje o furto simples possui pena de um a quatro anos, já não autorizando, em princípio, a prisão provisória (conforme art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal), admitindo a aplicação do regime aberto (art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal) e a substituição por penas alternativas à de prisão (art. 44, inciso I, do Código Penal). Entretanto, conforme assinalado, cerca de 5% dos tipos penais imputados à população prisional no Brasil são referentes ao furto simples. Essa cifra demonstra a importante incidência do delito no inchaço prisional brasileiro e sugere que a proibição de prisão preventiva e a possibilidade de substituição da pena de prisão por penas alternativas é insuficiente.

O presente Projeto de Lei também propõe alterações significativas na pena prevista para o furto qualificado. Se hoje a legislação prevê para esses casos pena de dois a oito anos e multa, propõe-se uma pena de um a dois anos e multa. Com isso, importantes serão os impactos prisionais, pois se autorizará para o furto qualificado a aplicação do regime aberto, a substituição por penas alternativas e a impossibilidade de decretação de prisão preventiva.

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

Além disso, o PL atualiza as qualificadoras do furto previstas no § 4º, que remontam à redação original de 1940. Com a simplificação proposta, o § 4º passa a qualificar o crime de furto apenas nos casos de invasão de domicílio, abuso de confiança e fraude, além do concurso de pessoas, restringindo as hipóteses qualificadoras para casos em que outros bem jurídicos distintos do patrimônio são lateralmente afetados[9]. Com esta simplificação, busca-se corrigir também certos desvios em que a afetação menor do bem jurídico resultava em maior punição, como no furto com rompimento de obstáculo.

Destaque-se, ainda, que as mudanças de alteração propostas em ambos os casos transformarão os delitos em tipos de menor potencial ofensivo (pena máxima de até dois anos). Com isso, será possível a aplicação dos dispositivos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995, sendo eles a composição civil (prevista no art. 74 da referida lei), a transação penal (art. 76) e/ou a suspensão condicional do processo (art. 89), elementos que podem contribuir em um decisivo impacto na diminuição da população carcerária. A instituição dos juizados especiais criminais com a Lei 9.099/19 95 não teve contribuição significativa na diminuição da população prisional brasileira como inicialmente esperado, contribuindo, pelo contrário, com um inchaço de procedimentos criminais de situações que anteriormente não geravam processos (como as contravenções penais). Entretanto, aplicar a Lei 9.099/1995 para um delito que corresponde a 11,7% dos crimes (tentados/consumados) pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento, pode contribuir de maneira significativa na diminuição da população carcerária.

2. Por que o furto deve ser processado mediante representação?

No sistema jurídico brasileiro, a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação exige a manifestação/autorização do ofendido para que o inquérito policial seja formalmente instaurado e a pretensão acusatória exercida pelo Ministério Público. A representação do ofendido, portanto, é uma condição de procedibilidade da ação penal, já que sem ela os órgãos estatais padecem de legitimidade de atuação.

Trata-se de uma modalidade de ação penal que privilegia a autonomia da vítima ou seus representantes, na medida em que a deflagração da persecução penal depende da vontade de quem efetivamente sofre o dano, sendo inclusive retratável até o momento de oferecimento da denúncia.

A Pesquisa Nacional de Vitimização[10], publicada em 2013, pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, órgão do Ministério da Justiça, apresenta dados aptos a embasar uma

9. Considerando o alto nível de encarceramento de pessoas em decorrência das qualificadoras previstas no § 4º e considerando questões estratégicas dos acordos políticos possíveis, o mandato de Talíria Petrone optou por propor alteração apenas do *caput* e do referido parágrafo do art. 155. Isso não implica, entretanto, concordância com as demais tipificações e penas previstas.

10. O estudo apresenta dados qualitativos e quantitativos sobre 12 tipos de ocorrência passíveis de registro policial, entre elas o furto, dividido em três grupos: (i) furto de automóveis; (ii) furto de motocicletas; e (iii) furto de objetos. Para tanto, foram realizadas 78 mil entrevistas com pessoas acima de 16 anos, entre junho de 2010 e maio de 2011 e junho de 2012 e outubro de 2012, abrangendo 346 municípios, todos com mais de 15 mil habitantes.

reforma legislativa tal qual a proposta pelo presente Projeto de Lei (CRISP, DATAFOLHA, 2013). Entre as razões que levam as pessoas ofendidas em seu patrimônio a realizarem o registro da ocorrência perante as autoridades policiais, a recuperação do bem furtado é o motivo predominante apresentado (68,6% dos que tiveram sua motocicleta furtada, 51% dos que tiveram o carro furtado e 39,7% dos que tiveram algum objeto furtado), ao passo que a punição do agente responsável não alcança uma taxa expressiva (14,8% das pessoas que tiveram sua motocicleta furtada, 15,4% dos que tiveram o carro furtado e 18,5% dos que tiveram algum objeto furtado).

Vê-se, então, que o interesse majoritário em questão é a restituição da coisa subtraída e não a punição do agente. Vale ressaltar que a recuperação do bem tende a ocorrer antes da deflagração da ação penal não só pela natureza da atividade policial, como pela proximidade temporal em relação ao fato, cabendo à ação penal apenas viabilizar o exercício do poder punitivo do Estado.

Segundo a pesquisa de André Luis Alves de Melo, desde os anos 1990, "todos os países da América Latina, com exceção do Brasil, adotam a oportunidade da ação penal expressamente em suas legislações" (MELO, 2016, p. 234). Com suas particularidades, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai, Venezuela, Peru, Equador, Bolívia, Nicarágua, El Salvador e Cuba adotam o princípio da oportunidade da ação penal nos casos em que o interesse público não é afetado. Além disso, República Dominicana e Costa Rica preveem expressamente a insignificância do bem subtraído como obstáculo para o oferecimento da ação penal pelo órgão competente. México, Honduras e Colômbia, por sua vez, adotam de forma mais genérica a oportunidade da ação penal pelo órgão acusatório. Por fim, nota o autor que "na América Latina prevalece a obrigatoriedade da ação penal em delitos mais graves; e a oportunidade da ação penal para delitos menos graves" (MELO, 2016, p. 234)[11].

Seguindo a tendência verificada nestes países, o Brasil recentemente modificou a natureza da ação penal do crime de estelionato, exigindo a representação do ofendido para seu oferecimento. Assim como o estelionato, o furto é conduta que atinge somente o patrimônio do ofendido, sem violência ou grave ameaça à pessoa. Além disso, a própria legislação considera o furto crime menos gravoso, na medida em que comina pena menor pela sua prática. Portanto, a proposta do projeto busca tornar mais coerente o tratamento conferido aos diversos tipos penais patrimoniais.

3. Acerca da tipificação do furto por necessidade

A escalada da miséria e da fome no Brasil provocada pela crise social e econômica coloca em evidência o problema da subtração de alimentos destinados a satisfazer necessidades vitais básicas e imediatas. Sob a denominação de "furto famélico", o direito brasileiro

11. Vale ressaltar que, conforme o mesmo autor, em países europeus como Inglaterra, França, Bélgica, Suécia e Holanda também se faz presente a discricionariedade da ação penal. E, mais especificamente acerca da ação penal condicionada à representação do ofendido, têm-se as experiências dos sistemas jurídicos da Itália, de Portugal e da Alemanha.

reconhece esta situação como modalidade específica do estado de necessidade, excludente de ilicitude prevista nos artigos 23 e 24 do Código Penal, aplicada ao crime de furto. Em seus *Comentários ao Código Penal*, por exemplo, Nelson Hungria (1955, p. 31) já destacava explicitamente o "furto necessitado" como fato penalmente lícito, o que é repetido pela grande maioria dos doutrinadores penais. É possível, inclusive, estabelecer relação direta entre o conceito jurídico do estado de necessidade e o furto motivado pela necessidade básica de se alimentar[12].

Na legislação brasileira, o estado de necessidade se configura com a presença de dois elementos: a situação de necessidade, isto é, perigo atual a bem jurídico do agente ou de terceiros, e a ação necessária, ou seja, a ação que lesa bem jurídico alheio quando não há uma alternativa para evitar o perigo, se não pela sua ação imediata (TAVARES, 2018, p. 323). No estado de necessidade, há um conflito de direitos que é resolvido mediante a ponderação dos direitos envolvidos, no qual o bem jurídico alheio é sacrificado para a preservação do bem jurídico ameaçado, reconhecido como sendo de maior importância.

No caso do furto por necessidade, isto é, o furto praticado em estado de necessidade, a situação de necessidade está configurada pelo perigo ao bem jurídico vida do agente ou de pessoas próximas a ele. A ação necessária é a subtração de coisa móvel que possa satisfazer necessidades materiais imediatas – em geral, alimentos, mas não apenas. Neste caso, considera-se que o direito de propriedade deve ceder diante da ameaça ao direito à vida e à violação sistemática dos direitos sociais, em especial, ao direito à alimentação adequada, à saúde e ao trabalho.

Não há dúvidas de que o direito à vida, em abstrato, prevalece sobre o direito de propriedade. Por isso mesmo, nem a doutrina nem a jurisprudência têm dificuldade em reconhecer a validade da figura do furto por necessidade. No entanto, na prática judiciária cotidiana, deparados com inúmeras situações de subtrações motivadas por necessidades materiais urgentes, atores jurídicos muitas vezes negam, sob variados argumentos, o reconhecimento da situação de necessidade.

Neste contexto, a alteração legislativa busca especificar a cláusula geral do estado de necessidade nos casos de furto. Esta solução não é inédita na legislação brasileira. O artigo 128, I, do Código Penal, traz a hipótese do aborto necessário, excludente de ilicitude

12. Tanto na sua modalidade justificante, isto é, enquanto ponderação de direitos em conflito, quanto na sua modalidade exculpante, enquanto defeito de motivação pelo agente, cuja conduta diversa não poderia ser exigida, o estado de fome e miséria foi um referente essencial para o desenvolvimento da categoria. Georg Friedrich Wilhelm Hegel (2010, p. 142) postulava a existência de um "direito da miséria" em face da propriedade de outros, um direito de necessidade que surge da própria ameaça à sua vida. Como a vida e sua manutenção é a condição para o exercício de todo direito, não poderia ser limitada por um direito apenas parcial, como a propriedade. Para Hegel, trata-se de um direito que abrangeria não apenas a necessidade imediata de suprir necessidades materiais imediatas, como também um direito sobre todos os meios indispensáveis para a manutenção de sua vida. Anselm von Feuerbach (2007, p. 104-105) indicava explicitamente como o furto motivado pela angústia causada pela fome, própria ou de sua família, constituía coação moral que afastava o fundamento subjetivo da imputação.

específico para o caso em que a gravidez apresenta risco de morte para a gestante (TAVARES, 2018, p. 323). O projeto exclui a ilicitude do furto de coisa voltada a suprir necessidade imediata do agente ou de sua família. Esta opção legislativa, ao privilegiar os direitos decorrentes da necessidade de reprodução material da vida sobre o patrimônio alheio, está em harmonia indiscutível com a Constituição Federal de 1988.

4. A desigualdade de tratamento da reparação do dano entre crimes tributários e crimes de furto

A desproporcionalidade do tratamento penal sobre o crime de furto se torna evidente quando comparado àquele destinado aos crimes fiscais. Assim como o furto, crimes contra a ordem tributária tutelam condutas capazes de lesionar o patrimônio, gerando, portanto, prejuízo econômico. A finalidade comum a ambos é obter vantagem econômica, seja a partir da supressão de tributos, seja a partir da subtração de coisa alheia móvel. Em nenhum dos casos há o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, ou seja, trata-se de crimes não violentos. Portanto, o único resultado de ambas as categorias delitivas é o prejuízo econômico causado a um particular ou ao erário. Por último, até mesmo as penas são próximas, cabendo, inclusive, aos crimes fiscais tratamento mais gravoso (um a quatro anos para o crime de furto; dois a cinco anos para os crimes contra a ordem tributária[13]).

Ao sobrepor essas semelhanças, é possível perceber o quanto o tratamento penal de ambas as situações é destoante. Duas situações são especialmente úteis para evidenciar ainda mais essa discrepância: as hipóteses de reparação do dano e a abordagem do princípio da insignificância. Em ambos os casos, os crimes contra a ordem tributária recebem um tratamento bem mais benéfico que o conferido ao crime de furto.

O arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, é uma causa especial de redução da pena aplicável aos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, entre os quais está incluído o crime de furto, quando o agente, voluntariamente, repara o dano ou restitui a coisa furtada, ou seja, a legislação atual privilegia aquele que devolve a coisa furtada, como medida de política criminal voltada para promover a reparação do dano (SANTOS, 2012).

Para além do arrependimento posterior tradicional, há ainda no ordenamento jurídico nacional outra hipótese de arrependimento posterior de especial relevância: no caso específico dos crimes tributários, o pagamento, pelo agente, de tributos sonegados é hipótese expressa de extinção da punibilidade (CAMPOS; FREIRE, 2017, p. 737).

Esta hipótese de extinção de punibilidade foi introduzida pela Lei 9.249/1995, trazendo dois requisitos para a sua incidência: primeiro, que o agente promova o pagamento integral do débito tributário, inclusive das obrigações acessórias; e segundo, que o pagamento seja realizado integralmente antes do recebimento da denúncia.

13. Vide art. 1º da Lei 8.137/1995. Também são apenados com pena de dois a cinco anos os delitos do art. 186-A (apropriação indébita previdenciária, que consta, inclusive, no título dos crimes contra o patrimônio, mas é disciplinado por dispositivos dos crimes fiscais) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária) do Código Penal.

A Lei 10.684/2003, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, trouxe nova disposição sobre o assunto ao estabelecer que o pagamento integral de débitos tributários extingue a punibilidade, sem fazer qualquer referência a uma limitação temporal[14]. Nesse mesmo sentido, também a Lei 11.941/2009 trouxe a possibilidade de extinção da punibilidade dos crimes tributários sem especificar qualquer limite temporal para tanto.

A inexistência de limitação temporal levou a discussão para o Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos Embargos de Declaração na Ação Penal 516/DF. No caso, discutiu-se se o pagamento de tributos depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória poderia extinguir a punibilidade do agente. No julgamento, houve a confrontação de duas teses. Por um lado, arguiu-se que a extinção da punibilidade só poderia ocorrer durante o processo de conhecimento, isto é, enquanto ainda se estivesse discutindo a pretensão punitiva do Estado. Por outro lado, foi aduzido que o pagamento do tributo deveria ser apto a extinguir a punibilidade mesmo posteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na ocasião do julgamento, prevaleceu o entendimento de que é possível a extinção da punibilidade a qualquer tempo, mesmo depois da fixação de culpa, legitimando a opção pela abrangência temporal feita pelo legislador da Lei 10.684/2003. De todo modo, o que se verifica é que mesmo os Ministros que divergiram entendem que o pagamento antes da sentença condenatória é hipótese de extinção da punibilidade (CAMPOS; FREIRE, 2017, p. 750).

Assim, atualmente, se reconhece como extinta a punibilidade pelo arrependimento posterior nos crimes tributários sempre que for realizado o pagamento integral do débito tributário, incluindo as obrigações acessórias, independentemente do valor do débito e do momento de seu pagamento.

O Projeto de Lei busca estender esta hipótese para o crime de furto, com a criação de nova causa de extinção da punibilidade pela reparação do dano ou restituição da coisa subtraída. Ao contrário da cláusula geral do arrependimento posterior, no entanto, na presente proposta, não há a exigência de voluntariedade da devolução como requisito para a extinção da punibilidade, bastando que a coisa tenha sido restituída ao seu proprietário. Com isso, adequa-se a legislação para priorizar os conflitos realmente existentes, extinguindo e evitando persecuções penais de condutas que, ao final, não produziram concretamente qualquer dano ao patrimônio.

Como já referido, o maior interesse das vítimas nos crimes de furto é a recuperação do bem subtraído ou a reparação do dano. A nova hipótese extintiva da punibilidade promove esse interesse central das vítimas, priorizando reparar o dano sofrido, ao invés de buscar a criminalização a qualquer custo.

14. Conforme texto do art. 9º da referida lei: "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. [...] § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios."

5. A desigualdade de tratamento relativa à insignificância da conduta nos crimes tributários e crimes de furto

A aplicação do princípio da insignificância pelos Tribunais Superiores é outro critério comparativo capaz de revelar a profunda desigualdade no tratamento penal conferido aos crimes fiscais e patrimoniais. O princípio da insignificância é uma construção doutrinária elaborada a partir de uma perspectiva material da tipicidade. É a postulação de que a adequação de uma conduta ao tipo penal só pode ocorrer quando há efetiva lesão, ou perigo de lesão, do bem jurídico tutelado pela norma penal. Ainda que não haja expressa previsão na legislação brasileira, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a sua incidência aplicando-o, fundamentalmente, nos crimes tributários e nos crimes patrimoniais (BOTTINI *et al.*, 2012).

Os critérios utilizados para a aferição da insignificância são, no entanto, bastante diversos se estamos tratando de crimes tributários ou crimes patrimoniais. Primeiro porque, ao contrário do que ocorre nos demais crimes, o reconhecimento da insignificância nos crimes tributários depende exclusivamente do valor sonegado, enquanto nos demais crimes a aplicação do princípio da insignificância depende de outros elementos a princípio estranhos à sua aplicação (como antecedentes criminais) (BOTTINI *et al.*, 2012).

A principal diferença reside, no entanto, nos discrepantes valores considerados para o reconhecimento da insignificância dos delitos fiscais e os crimes patrimoniais. Com a edição da Lei 10.522/2002, que dispensa a obrigatoriedade da execução fiscal de débitos menores que R$ 10.000,00 (dez mil reais), os tribunais passaram a reconhecer a insignificância dos delitos tributários nestes casos.

Posteriormente, a edição das Portarias 75/2012 e 130/2012 elevou para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, levando os tribunais superiores a reorientarem sua jurisprudência para o novo valor. Em todos os casos em que a conduta se encontra dentro dessa faixa, há o reconhecimento, pelo STF, do princípio da insignificância (BOTTINI *et al.*, 2012). No entanto, no caso dos crimes patrimoniais, a situação é bastante diversa. A análise jurisprudencial nos tribunais superiores (STF e STJ) revelou um quadro bastante grave em relação à aplicação do princípio da insignificância nos processos criminais de furto. Por um lado, a alta incidência de *habeas corpus* rejeitados por variados motivos, que serão tratados abaixo, aponta para um cenário de criação de sucessivos obstáculos que visam impedir a aplicação do princípio da insignificância levando a condenações por furtos, consumados ou tentados, de bens com valores completamente irrisórios e que muitas vezes foram restituídos às vítimas. Por outro lado, os poucos casos de concessão da ordem de *habeas corpus* para absolver ou trancar a ação penal – em geral, concedida em casos especialmente absurdos envolvendo bens de valores absolutamente irrisórios – revelam uma alta resistência das instâncias anteriores em aplicar o princípio da insignificância, o que parece indicar um grave cenário se considerarmos que a maioria dos casos não chega aos tribunais superiores.

Não surpreende a constatação de que a maior parte dos casos encontrados é de negativa à concessão da ordem de *habeas corpus*, seja para manutenção da decisão condenatória,

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

rejeição do pedido de trancamento de ação penal ou indeferimento da liberdade provisória. Os motivos alegados para evitar a aplicação do princípio da insignificância são diversos, sendo possível identificar um "jogo de presunções em defesa da prisão"[15], ou seja, a criação de obstáculos sucessivos que visam impedir a colocação do réu em liberdade.

O primeiro destes obstáculos é de natureza formal: em diversos casos, o pedido é imediatamente rejeitado ante a alegação de que teria havido "supressão de instância", ou ainda que "*habeas corpus* não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal ou recursos". Argumentos como esses são bastante frágeis se considerarmos que a previsão constitucional do instituto é bastante ampla, tendo em vista a proteção contra qualquer coação ilegal à liberdade de locomoção de alguém, razão pela qual a ordem de *habeas corpus* pode ser concedida inclusive de ofício.

Em um dos casos analisados, obstáculos formais, conjuntamente com a suposta reiteração delitiva da paciente, obstam que uma mulher que teria furtado dois pacotes de fralda faça jus à concessão da ordem[16]. Em outro caso, um rapaz condenado a dois anos em regime semiaberto por furtar um par de sandálias teve a ordem de *habeas corpus* negada ao tentar pedir a sua soltura pelo cumprimento integral da pena, em razão de uma suposta "supressão de instância"[17] (ainda que, conforme já dito, a ordem possa ser concedida de ofício). A "supressão de instância" também impediu que uma pessoa acusada de furto de bens no valor de R$ 75,98 (setenta e cinco reais e noventa e oito centavos), inclusive absolvida em primeira instância, tivesse o mérito do seu pedido de *habeas corpus* analisado[18]. Mas, mesmo quando não existem os obstáculos formais, outras barreiras ao deferimento do *habeas corpus* aparecem. O STF[19] definiu quatro critérios para a aplicação do princípio da insignificância. São eles: "(a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada."[20] A jurisprudência consolidou-se no sentido de que havendo "antecedentes criminais" restaria afastada a possibilidade de aplicação do princípio, pois nesse caso estaria presente a "periculosidade social da ação"[21]. Assim, a aplicação

15. Tal categoria foi trabalhada pelo "Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidades e Prisões" no texto "Sistema de justiça e políticas de morte nas prisões: Pandemia e discurso jurídico na Bahia" (GRUPO Clandestino de Estudos em Controle, Cidades e Prisões, 2021).
16. STF, HC 145.389/MG (AgR).
17. STF, HC 132.906/MG (AgR).
18. STJ, HC 689.900/MG.
19. STF, HC 84.412, publicado em 19.11.2004.
20. Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o limite para o reconhecimento do princípio da insignificância é de 10% (dez por cento) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, independentemente da condição financeira do ofendido e, desde que o agente não seja reincidente (AgR no HC 626.351/SC; AgR no HC 668.305/SP).
21. Ainda que, teoricamente, o princípio da insignificância possa vir a ser reconhecido (por tribunais superiores) quando da existência de maus antecedentes (HC 299.185/SP, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 09.09.2014; AgR no *Habeas Corpus* 198.437/SE, 2ª T. do STF, 2022), essa não é a realidade encontrada na maioria das decisões.

do princípio foi afastada em um furto tentado de quatro pares de chinelo e oito barras de chocolate[22] por haver "reiteração delitiva do agente" comprovada nos autos. Em outro caso, também o princípio é afastado em um caso de furto de uma churrasqueira de alumínio avaliada em R$ 140,00 (cento e quarenta reais), alegando-se que:

> "O *criminoso contumaz*, mesmo praticando crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse adotado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes, quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em ilícito meio de vida."[23] (grifos nossos)

Em outra decisão, afirma-se que:

> "II – Embora o paciente não seja tecnicamente reincidente, *tem personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio*, o que impede o atendimento de um dos requisitos exigidos por esta Corte para a configuração do princípio da insignificância, qual seja, a ausência de periculosidade do agente. III – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade."[24] (grifos nossos)

Nesses casos, nem mesmo a restituição integral do bem é suficiente para a incidência do princípio da insignificância, muito embora o bem jurídico tutelado pela norma penal seja exclusivamente o patrimônio. Em um dos processos analisados, R$ 102,00 (cento e dois reais) foram completamente restituídos; em outro, quatro desodorantes e dois *kits* de *gillette Prestobarba*[25] também foram recuperados, deixando, assim, incólume o patrimônio dos ofendidos[26].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se a decisão proferida, comumente referenciada por julgados, que compreende o princípio da insignificância como uma benesse ao acusado e não como categoria dogmática, insculpida no princípio da intervenção mínima, tal como efetivamente é[27].

A negativa de aplicação do princípio da insignificância nos casos de reincidência, ou até mesmo nos casos de existência de maus antecedentes, sob o argumento de que se estimularia a prática de outras condutas de mesma espécie, revela o apego dos tribunais superiores à função preventiva da pena, notadamente, em suas dimensões especial e geral negativa.

---

22. STF, RHC 145.447/SC (AgR).
23. STF, RHC 133.045/MG.
24. STF, HC 107.138/RS.
25. STJ AgRg no AREsp 1.756.622/SE.
26. STJ, AgRg no HC 690.832/SC.
27. "(o) princípio da insignificância é *verdadeiro benefício na esfera penal*, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se *instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor,* os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, no caso concreto, porquanto, de plano, *aquele que é contumaz na prática de crimes não faz jus a benesses jurídicas.*" (STJ, HC 544.468/SP.)

Se, de um lado, a acepção especial da teoria preventiva é voltada à pessoa acusada da prática de um delito para que, a partir da pena, ela seja "ressocializada" (positiva) ou "neutralizada" (negativa), por outro, a acepção geral negativa se vale da pena como forma de dissuasão coletiva, em que a experiência da condenação de determinada pessoa serve de exemplo para as demais. No entanto, trata-se de funções rechaçadas pelas teorias criminológicas contemporâneas. Primeiro, pois a ressocialização, a reeducação e a reinserção não passam de ilusões (MALAGUTI BATISTA, 2008), sobretudo no contexto brasileiro em que o próprio Supremo Tribunal Federal já declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional[28]. Ademais, a cominação de pena como forma de dissuasão alheia ou mera neutralização exalta valores utilitaristas incompatíveis com preceitos éticos mínimos e carentes de comprovação científica (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 117-118).

Além disso, o princípio da insignificância ainda é afastado por argumentos do tipo: ter sido o furto praticado em repouso noturno[29], ou com uso de chave falsa[30] ou ainda com arrombamento[31], ainda que ínfimo o valor da coisa furtada nessas hipóteses.

Outra questão que merece destaque refere-se ao art. 155, § 2º, do CP, que prevê causa de diminuição de pena em caso de furto de coisa com pequeno valor. Esta causa de diminuição de pena é muitas vezes mobilizada como óbice à aplicação do princípio da insignificância, sob a seguinte argumentação: "Para a situação em que o bem furtado é de pequeno valor, há figura típica específica [...] Sendo a coisa apropriada de pequeno valor, o fato repercute na fixação da pena-base – consequências da prática delituosa –, não levando a concluir-se pela atipicidade."[32]

Assim, havendo previsão normativa de que o "pequeno valor" ensejaria uma causa de diminuição de pena, não seria possível manejar o princípio da insignificância para afastar a tipicidade. Uma norma que visa restringir os espaços de punitividade, ao prever uma causa de diminuição de pena, é mobilizada como óbice à aplicação de princípio que absolveria o réu.

Foram encontrados, ainda, casos nos quais o reduzido valor da coisa furtada foi usado como argumento apenas para garantir a possibilidade de colocação em regime menos gravoso, quando o réu era reincidente. Assim, em uma tentativa de furto de bem avaliado em R$ 30,00 (trinta reais), o STF decidiu pela colocação do paciente em regime aberto[33], bem como no furto de um celular avaliado em R$ 60,00 (sessenta reais), posteriormente devolvido à vítima[34] ou, ainda, na tentativa de furto de quatro desodorantes avaliados em R$ 31,00 (trinta e um reais)[35].

28. STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.
29. Caso, por exemplo, de um furto de bem avaliado em R$ 80,00 (oitenta reais) (HC 191.126/SP).
30. Caso, por exemplo, de um furto de bem avaliado em R$ 21,00 (vinte e um reais) (STF, HC 113.872/MG).
31. STF, RHC 198.201/SC (AgR).
32. STF, HC 135.837/MG.
33. STF, HC 119.885/MG.
34. STF, HC 141.375/MG.
35. STF, HC 139.503/MG.

Destaque-se, por fim, que também foram encontradas decisões em que os tribunais superiores absolveram os pacientes. Sobre esses casos, no entanto, é importante destacar a quantidade de situações completamente absurdas que chegam para julgamento na mais alta Corte do país, quando sequer deveriam ter sido consideradas delitos se o princípio da insignificância fosse efetivamente aplicado pelas instâncias inferiores. São casos como: uma tentativa de furto de "duas peças de queijo minas" em supermercado, devolvidos à vítima[36]; ou o furto simples de "codornas" avaliadas em R$ 62,00 (sessenta e dois reais)[37]; ou a tentativa de furto de bem avaliado em R$ 6,00 (seis reais)[38]; o furto de um engradado de cerveja avaliado em R$ 16,00 (dezesseis reais)[39] ou, ainda, o furto de 11 barras de chocolate posteriormente devolvidas à vítima[40], o furto de um frasco de *shampoo* avaliado em R$ 11,00 (onze reais)[41] e, até mesmo, a tentativa de furto de duas peças de *bacon* avaliadas em R$ 30,00 (trinta reais)[42].

Um caso chama especial atenção: o furto de "sucata de peças automotivas" avaliadas em R$ 4,00 (quatro reais), cuja aplicação do princípio da insignificância foi obstada no STJ por ter sido o furto qualificado pelo concurso de pessoas e por ter o réu antecedentes criminais[43]. O STF, diversamente, acabou reconhecendo a atipicidade da conduta apesar dos "obstáculos" criados pelo STJ.

Casos como esses demonstram o quadro de desproporcionalidade entre as ações formalmente típicas e a punição aplicada pelos tribunais e o enorme dispêndio de recursos da máquina judiciária, com a mobilização, inclusive, dos tribunais superiores. O reconhecimento do princípio da insignificância no texto legal busca, portanto, ampliar a sua aplicação, de forma a adequá-la aos princípios da razoabilidade e da intervenção mínima do direito penal, afastando as alegações judiciais que obstam a sua concretização.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O LABCAP está inserido no campo de crítica ao sistema penal que tem como horizonte político a abolição da pena de prisão. A política da abolição, considerando que o reformismo é historicamente uma tecnologia de reprodução do cárcere, enfrenta o desafio de identificar possibilidades de reformas que possam efetivamente reduzir os danos sociais e individuais produzidos pelo encarceramento e diminuir os espaços de exercício do poder punitivo (DAVIS, 2018; HIRATA; MAGALHÃES, 2017).

Considerando a seletividade racial e de classe do sistema penal, a presente proposta busca não só diminuir processos de criminalização que incidem essencialmente sobre pessoas

36. STF, HC 155.920/MG (AgR).
37. STF, HC 128.299/MS.
38. STF, HC 117.903/MG.
39. STF, HC 114.723/MG.
40. STF, HC 122.936/RJ.
41. STJ, Ag REsp 1.923.409/SP.
42. STJ, RHC 92.194/MG.
43. STF, HC 126.866/MG.

pobres e negras (a maioria dos acusados de delito de furto), mas também corrigir a desigualdade de tratamento existente entre os crimes de colarinho branco (crimes tributários) e os crimes de furto. Essa desigualdade só reforça que a seletividade do sistema penal não ocorre apenas em nível da criminalização secundária (onde é mais visível), mas também na criminalização primária, ou seja, na tipificação, no apenamento e na definição legal das consequências penais.

Ainda que conscientes da hegemonia punitivista na correlação de forças da política institucional no Brasil, a produção do parecer e a proposição do Projeto de Lei esperam contribuir para levantar o debate na sociedade, questionando a criminalização violenta de pessoas que muitas vezes se encontram em situação de extrema miserabilidade e a naturalização do binômio crime-prisão.

Ampliar a discussão sobre outras formas de pensar os conflitos sociais, para além da ideia da tipificação de condutas e encarceramento, é um dos papéis que cabe a todas/os aquelas/es que se colocam no campo do abolicionismo penal.

Anexo I: Projeto de Lei[44]

Art. 1º O art. 155 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação.

"Art. 155. [...]

Pena – Multa.

§ 1º Não é punível o furto, ainda que reincidente o agente:

[...]

Furto por necessidade

I – quando a coisa for subtraída para suprir necessidade imediata do agente ou de sua família; e

[...]

Furto insignificante

II – se insignificante a lesão ao patrimônio do ofendido.

[...]

§ 4º A pena é de detenção de um a dois anos, e multa, se o crime é cometido:

I – com invasão de domicílio;

II – com abuso de confiança;

III – mediante fraude; e

IV – mediante concurso de três ou mais pessoas.

[...]

44. O Projeto de Lei que compõe o anexo deste trabalho foi aquele apresentado ao fim dos trabalhos do LABCAP com o mandato de Talíria Petrone. Posteriormente à entrega do Parecer, o tema foi submetido à discussão com outros atores da sociedade e membros do Parlamento, resultando em uma proposta final de Projeto de Lei com algumas diferenças.

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

§ 8º A reparação do dano ou a recuperação da coisa subtraída extingue a punibilidade.

§ 9º Em todas as modalidades, somente se procede mediante representação." (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 43, 1995.

ALVES, Dina. Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. *Revista CS*, Cali, 21, p. 97-120, 2017.

BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Flagrante e prisão provisória na criminalização do furto: da presunção de inocência à antecipação da pena.* 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz et al. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 117-148, 2012.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém; FREIRE, Sheyla Canuto Barbosa. Extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito tributário em decisão do STF: ineficácia do direito penal tributário. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 12, n. 3, 2017.

CÂNDIDO, Thais Cristina; IFANGER, Fernanda. A política criminal realizada pelo Poder Judiciário: uma análise da aplicação do princípio da insignificância nos crimes de furto julgados pela cidade de Campinas-SP. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 5, n. 2, 2018.

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2013.

Corte IDH. "Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala". Sentença de 20 de junho de 2005.

CRISP; DATAFOLHA. Pesquisa Nacional de Vitimização – Sumário Executivo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2013. Disponível em: [http://crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Relat%C3%B3rio-PNV-Senasp_final.pdf]. Acesso em: 14.01.2020.

DAVIS, Angela. *Aprisionamento e reforma*. Estarão as prisões obsoletas? São Paulo: Difel, 2018.

Defensoria Pública do Estado da Bahia. Relatório das audiências de custódias na comarca de Salvador/BA: anos de 2015-2018. Salvador: ESDEP, 2019.

FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do Sistema Penal: a seletividade no julgamento de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil.* 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de derecho penal.* Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

GRUPO Clandestino de Estudos em Controle, Cidades e Prisões. "Sistema de justiça e políticas de morte nas prisões: Pandemia e discurso jurídico na Bahia". DILEMAS: *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social.* Reflexões na Pandemia, p. 1-13, 2021.

HEGEL, Georg Friedrich Wilhelm. *Linhas fundamentais da filosofia do direito*. Trad. Paulo Meneses. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

HIRATA, Daniel; MAGALHÃES JR., José Sérgio de. Governar pela crítica. O reformismo carcerário em Vigiar e Punir. In: DILEMAS: *Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, n. 2, p. 67-83, 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 7.

INFOPEN, Ministério da Justiça e Segurança Pública (Departamento Penitenciário Nacional). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, jun. 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen]. Acesso em: 14.01.2020.

LIMA, Renato. Atributos raciais no funcionamento do sistema de justiça criminal paulista. *Revista São Paulo em Perspectiva*, n. 18, p. 60-65, 2004.

MALAGUTI BATISTA, Vera. Adeus às ilusões "re". In: COIMBRA, Cecilia Maria Bouças; AYRES, Lygia Santa Maria; NASCIMENTO, Maria Livia do (Orgs.). Pivetes: Encontros entre a psicologia e o Judiciário. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MELO, André Luís Alves de. *A inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública*. 2016. Tese (Doutorado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

ONU. *Relatório mundial 2015: Brasil. Condições das prisões, torturas e maus-tratos a detentos*. Organização das Nações Unidas, 2016. Disponível em: [https://hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#3ea-6cd]. Acesso em: 14.01.2020.

SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal* – Parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* – Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Áreas do Direito: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A custosa questão carcerária brasileira e as inverdades convenientes, de Francisco Glauber Pessoa Alves – *RT* 987/241-266;
- As plantas do jardim de Hulsman: discutindo o abolicionismo penal e o abolicionismo carcerário, de Luciano Oliveira – *RBCCrim* 129/285-320; e
- Pena pecuniária: avanço civilizatório do sistema penal?, de José Carlos Abissamra Filho e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – *RT* 1041/261-278.

B., A. L. L. de A.; N., B. P. de; J., D.; R., J. G. L.; M., L. V.; D., R. S.. Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 201. ano 32. p. 349-367. São Paulo: Ed. RT, mar./abr. 2024. DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10515928].

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

B

BAPTISTA, Vinicius Ferreira
– Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

BELLO FILHO, Ney de Barros
– Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira
– O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

BOLDT, Raphael
– Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

BORGES, Guilherme
– Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

BOTTINI, Pierpaolo Cruz
– Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

BRITO, Alexis Couto de
– Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

C

CAMPOS, Joara de Paula
– Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

CARDOSO, Franciele Silva
– Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

D

DAGUER, Beatriz
– O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública:

uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

DAVIS, Renata Saggioro
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

F

FERNANDES, Antonio José Martins
– "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

FERRAZ JR., Jairton
– Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

FISCHER, Fernando B. S.
– O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

J

JUSTINO, Diogo
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

L

LEAL, Bruno Hermes
– Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

M

MATOS, Lucas Vianna
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura
– Ofensividade nos delitos ambientais, p. 55

N

NEVES, Eduardo Viana Portela
– Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

NOVAES, Bruna Portella de
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

R

ROORDA, João Guilherme Leal
– Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

ROSA, Luísa Walter da
– O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

S

SOUZA, Luanna Tomaz de
– "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

SCHÜNEMANN, Bernd
– Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

T

TANGERINO, Davi de Paiva Costa
– O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

TEMAS

A

Ação penal – Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

Acordo de não persecução penal – Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

Administração pública – O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

Axioma empírico – O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

B

Batista Campos – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

Belém – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

C

Circunstância judicial – O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

Código Penal – O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia – Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

Conceito de direito – Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

Crimes de omissão – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

Crimes no regime da RDA – Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

Criminalização – Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

Culpabilidade – O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

D

Delitos de acumulação – Ofensividade nos delitos ambientais, p. 55

Democracia – Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

Desencarceramento – Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

Desinformação – Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

Direito comparado – Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

Direito penal – Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

Direito Penal ambiental – Ofensividade nos delitos ambientais, p. 55

Direito probatório – O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

Dogmática penal – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

F

Fake news – Direito penal e *fake news*: os limites democráticos à criminalização da desinformação, p. 161

Fórmula de Radbruch – Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

Fundamentos da decisão judicial – O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

Furto – Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

I

Implementação – Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

Imputabilidade – Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

Individualização da pena – O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

Insignificância – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

Intervenção penal legítima – Ofensividade nos delitos ambientais, p. 55

J

Jurunas – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

L

Legítima defesa – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

Lei Maria da Penha – Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

O

Obediência hierárquica – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

P

Pandemia da Covid-19 – Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

Patteggiamento – Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

Polícia Militar – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

Política criminal – Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

Política criminal minimalista – Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

Política social – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

Políticas proibicionistas – Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

Políticas públicas – Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

Pressuposto de ação penal comunicativa – Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

Presunção de inocência – O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

Princípio da insignificância – O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

Princípio da isonomia – Por uma dogmática penal socialmente orientada, p. 143

Princípio da ofensividade – Ofensividade nos delitos ambientais, p. 55

Processo penal – Penas e pactos: as contribuições do Processo Penal Italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, p. 227

Processo penal brasileiro – O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

Processos – Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

Proibição de retroatividade – Para uma crítica à fórmula de Radbruch – Notas sobre um conceito de direito cultural e comunicativamente orientado, p. 107

Projeto de Lei – Parecer técnico sobre a proposta de alteração legal do crime de furto: por uma política criminal de desencarceramento e ressarcimento à vítima, p. 349

R

Racismo – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

Realocação – Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

S

Semântica jurídica – O conceito de culpabilidade como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, p. 121

Sistema prisional – Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

***Standards* probatórios** – O presente e o possível futuro dos *standards* probatórios no Processo Penal Brasileiro: necessidade de se pensar criticamente a sua utilização pelos Tribunais Superiores, p. 197

T

Teoria do delito – Imputabilidade como elemento da culpabilidade? Agir comunicativo e teoria do delito, p. 17

Território – "Mais sangue nos olhos": a diferença de atuação da Polícia Militar nos bairros do Jurunas e da Batista Campos, p. 283

Tráfico de drogas em prisões – Proibicionismo, cárcere e Covid-19: como a pandemia alterou as dinâmicas de entrada de drogas no complexo prisional de Aparecida de Goiânia/GO, p. 257

Tribunais Superiores – O princípio da insignificância e os crimes contra a administração pública: uma proposta dogmática para sua ampliação e aplicação, p. 81

V

Violência contra a mulher – Os dispositivos e as estruturas: construindo o mapeamento da Lei Maria da Penha, p. 313

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: bimestral
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas,** em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index . Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: "O estudo

da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

> A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos;

b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R.; ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf].

3.2. Reponsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. Resenhas críticas, pareceres, comentários jurisprudenciais e entrevistas

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
   1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
   2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
   3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
   4. O trabalho é inédito?
   5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
   6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. Direitos autorais

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. Revisão, diagramação, impressão e publicação

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão

Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais



Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: [https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index].

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição)**.**

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM,** conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: [https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao].

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? (https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index). OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo