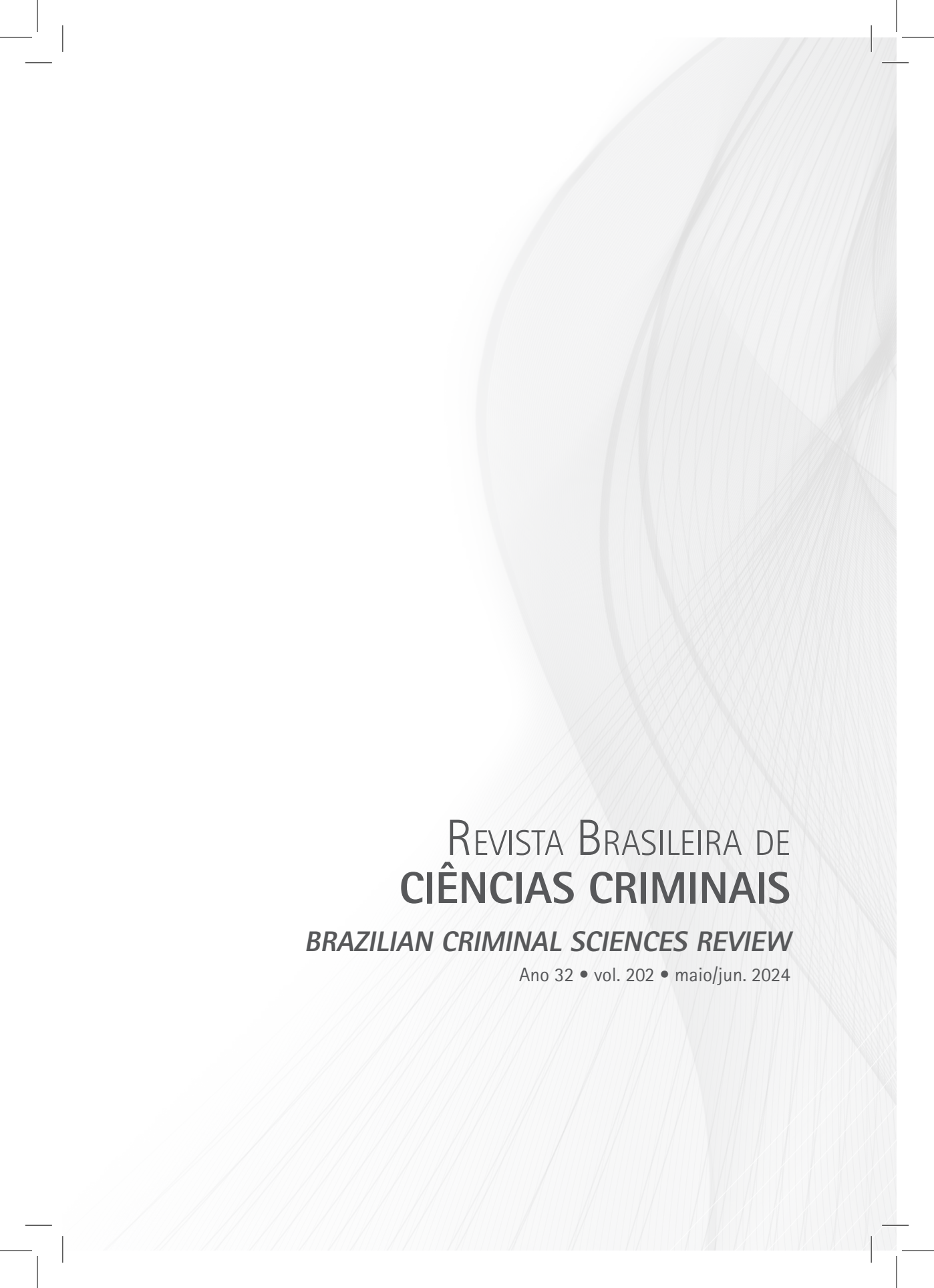


The background of the cover features a large, light gray circle on the right side, with numerous thin, curved lines radiating from its center towards the left. The overall design is minimalist and modern.

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 32 • vol. 202 • maio/jun. 2024

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 202 • maio/jun. 2024

Presidência

Renato Stanzola Vieira

Coordenação

André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

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

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

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

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 Aponle (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 García Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)

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

Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)

Fernanda Regina Vilarés (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)

Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)

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

Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)

Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)

Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)

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

Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)

Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)

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

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)

Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)

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

Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)

Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

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

Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

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

Luís Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad 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/RJ)
 Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
 Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile)
 Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha)
 Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai)
 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)

Amom Albernaz Pires (Universidade de Brasília – UnB – Distrito Federal/DF)
 Anamaria Prates Barroso (Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP – Brasília/DF)
 André Grandis Guimarães (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ)
 Artur Barbosa da Silveira (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Aldo Pacheco Ferreira (Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/FIOCRUZ – Manguinhos/RJ)
 Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
 Beatriz Corrêa Camargo (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG)
 Bruno Buonicore (Universitário de Brasília – CEUB – Brasília/DF)
 Cintia da Silva Telles Nichele (Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural da ENSP/FIOCRUZ – Manguinhos/RJ)
 Dennis Klein (Universidade Justus-Liebig de Gießen/Alemanha)
 Felipe Longobardi Campana (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
 Fernando B. S. Fischer (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
 Figueiredo Monteiro Neto (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos – São Leopoldo/RS)
 Francisca de Fátima dos Santos Freire (Faculdade de Medicina do ABC – FMABC – Santo André/SP)
 Heloisa Estellita (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
 Jakler Nichele (Instituto Militar de Engenharia – IME – Rio de Janeiro/RJ)
 Jefferson Drezett (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Carlos Frederico Braga da Silva (Universidade de Ottawa – Canadá)
 Catiane Steffen (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Vale do Rio dos Sinos/RS)
 Clara Moura Masiero (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos – São Leopoldo/RS)
 Emilia Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Rio Grande do Sul/RS)
 Fernanda Martins (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
 Flávio Bortolozzi Júnior (Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL – Curitiba/PR)
 Gabriel Haddad Teixeira (Universidade de Brasília – UnB – Distrito Federal/DF)
 Guilherme Moreira Pires (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Cascavel/Paraná)
 Hamilton Gonçalves Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ)
 João Beccon de Almeida Neto (Universidade Federal de Juiz de Fora – DPFEF/UJF – Juiz de Fora/MG)
 Luiz Antônio Bogo Chies (Universidade Católica de Pelotas – UCPel – Pelotas/RS),
 Maurilo Miranda Sobral Neto (Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP – Recife/PE)
 Patrícia Bonato (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP),
 Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP),
 Ricardo Gueiros Bernardes Dias (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES – Vitória/ES)
 Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (Defensoria Pública do Rio de Janeiro – DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ)
 Tuanny Soeiro Sousa (Universidade Federal da Paraíba – UFPB – João Pessoa/PB)

Joana Siqueira (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
 José Henrique Rodrigues Torres (Universidade Estadual de Campinas – Unicamp – Campinas/SP)
 Josué Mastrodi (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Campinas – Campinas/SP)
 Larissa Karoline Pereira (Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC-Campinas – Campinas/SP)
 Luis Roberto Cavalieri Duarte (Universidade Católica de Brasília – UCB – Brasília/DF)
 Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ – Ijuí/RS)
 Mariana Moraes Zambom (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
 Marta Rodriguez de Assis Machado (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
 Matheus de Barros (Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo/SP)
 Nathália de Moraes Coscrato (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
 Paula Franciele Silva (Universidade La Salle – Canoas/RJ)
 Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES)
 Renata Almeida da Costa (Universidade La Salle – Canoas/RJ)
 Roberta Duboc Pedrinha (Universidade Federal Fluminense – UFF – Niterói/RJ)

Roberto Augusto de Carvalho Campos (Universidade Federal de São Paulo – Unifesp – São Paulo/SP)
Rubens Lira Barros Pacheco (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)

Salo de Carvalho (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Taiguara Libano Soares e Souza (Universidade Federal Fluminense – UFF – Niterói/RJ)
Thomas Rotsch (Universidade Justus-Liebig de Gießen/Alemanha)

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 (Impresso):1415-5400
ISSN (Eletrônico):2965-3967

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 32 • vol. 202 • maio/jun. 2024

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLIT

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN (Impresso):1415-5400
ISSN (Eletrônico):2965-3967

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 202 • maio/jun. 2024

Presidência

RENATO STANZIOLA VIEIRA

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLIT

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: [05-2024]

Profissional

Fechamento desta edição: [25.03.2024]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2023/2024

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Renato Stanziola Vieira

1º Vice-Presidente

Maria Carolina de Melo Amorim

2º Vice-Presidente

Vinicius de Souza Assumpção

1ª Secretária

Raquel Lima Scalcon

2ª Secretário

Bruno Shimizu

3ª Secretária

Carina Quito

1ª Tesoureira

Camila Torres Cesar

2º Tesoureiro:

Antonio Pedro Melchior

1ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Juliana Sanches Ramos

2ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Luanna Tomáz de Souza

3ª Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Marina Pinhão Coelho Araújo

André Nicolitt

Ester Judite Rufino

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo

Marcos Alexandre Coelho Zilli

OUVIDORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

CONSELHO DE DIVERSIDADE

MEMBROS

Andre Pires de Andrade Kehdi

Clarice Beatriz

Débora Viviane

Isadora Brandão

Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo

Maria Sylvia de Oliveira

Michael Mary Nolan

Priscila França

Priscila Pamela C Santos

DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE

Luciana Dias

Luiz Otávio Rodrigo Romeiro

AMICUS CURIAE

Débora Duprat

BIBLIOTECA

Simone Henriques

BOLETIM

Fernando Gardinali

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyano

CONVÊNIOS INTERNACIONAIS

Livia Moscatelli

CURSOS

Daniel Zaclis

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Chiavelli Falavigna

CURSOS IBCCRIM – COIMBRA

Marcelo Ruivo

GRUPO DE ESTUDOS AVANÇADOS (GEAS)

Debora Mota

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ana Paula Freitas

INICIAÇÃO CIENTÍFICA (LABORATÓRIOS)

Camila Forigo

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Monique De Carvalho Cruz

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Fabiana Zanatta

MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

NOVAS TECNOLOGIAS NA JUSTIÇA PENAL

Maira Fernandes

POLÍTICA DE DROGAS

Dudu Ribeiro

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

André Nicolitt

SISTEMA PRISIONAL

Roberto Moura

COMISSÃO ORGANIZADORA

29º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – PRESIDENTES

Diogo Malan

Marta Saad

Marcela Diório

Saulo Mattos

Bartira Miranda

EQUIPE DO IBCCRIM NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

NÚCLEO DE ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

Sara Lemos de Oliveira

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

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

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 32 • vol. 202 • maio/jun. 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, Karolína de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

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 Moraes, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

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

Estagiárias: Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Rebeca Crespo Rangel

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação de capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analista de Produção Gráfica: 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

A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal alemão

Sexual harassment by touching as a crime against sexual harassment – A study of the crime under § 184i of the German Criminal Code

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO; Tradução: GUILHERME DE TOLEDO GÓES..... 17

Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável

Rape by Improper Omission? Exploring the difference between being a guarantor and being criminally liable

FELIPE LONGOBARDI CAMPANA, HELOISA ESTELLITA e JOANA SIQUEIRA 53

A experiência aporética da pena no direito penal internacional

The aporetic experience of punishment in international criminal law

FERNANDO B. S. FISCHER 69

O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal

Obscenity through the eyes of the state of São Paulo criminal justice system: a study on legal doctrine and the application of article 233 of the Brazilian Penal Code

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO, MATHEUS DE BARROS e MARIANA MORAIS ZAMBOM..... 95

Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança

Criminal law and the legal nature of security measures

NATHÁLIA DE MORAIS COSCRATO e ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS... 131

Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional

Criminal compliance as a work of constitutional interpretation

THOMAS ROTSCH e DENNIS KLEIN; Tradução: RAPHAEL BOLDT..... 159

CRIMINOLOGIA

A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados

The constitution of the subject in the association of protection and assistance to convicts

FIGUEIREDO MONTEIRO NETO 187

Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor

Violence against women during pregnancy: between the invisibility of the phenomenon and the challenges of the responsibility of the aggressor

JEFFERSON DREZETT, JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES e FRANCISCA DE FÁTIMA DOS SANTOS FREIRE 221

Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial

Racism, necropower and the normalization of police lethality

LARISSA KAROLINE PEREIRA e JOSUÉ MASTRODI 247

Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014–2021)

Necropolítica no sistema prisional: um estudo a partir das estatísticas de mortes por causas desconhecidas nas prisões brasileiras (2014–2021)

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, JAKLER NICHELE, CÍNTIA DA SILVA TELLES NICHELE e ALDO PACHECO FERREIRA..... 271

Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais

Intersectionality and violations to health in the prison system: structural racism and patriarchal model in rupture with fundamental rights

ROBERTA DUBOC PEDRINHA e TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA..... 293

A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira

John Braithwaite's restorative justice: the repercussion of the work in the Brazilian theoretical production

RUBENS LIRA BARROS PACHECO e ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS PRADO.... 307

Objeto e método da criminalização do ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos

Object and method in the criminalization of hate in Brazil: an approach to the role of nominative criminal types

SALO DE CARVALHO, PAULA FRANCIÉLE SILVA e RENATA ALMEIDA DA COSTA..... 339

ENTREVISTA

Entrevista do Prof. Dr. Bruno Buonicore ao Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, sobre o desenvolvimento do conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento* em sua trajetória

Interview by Prof. Dr. Bruno Buonicore with Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, on the development of the concept of Culpability by Recognition in its journey

PROF. DR. BRUNO BUONICORE e LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE..... 363

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

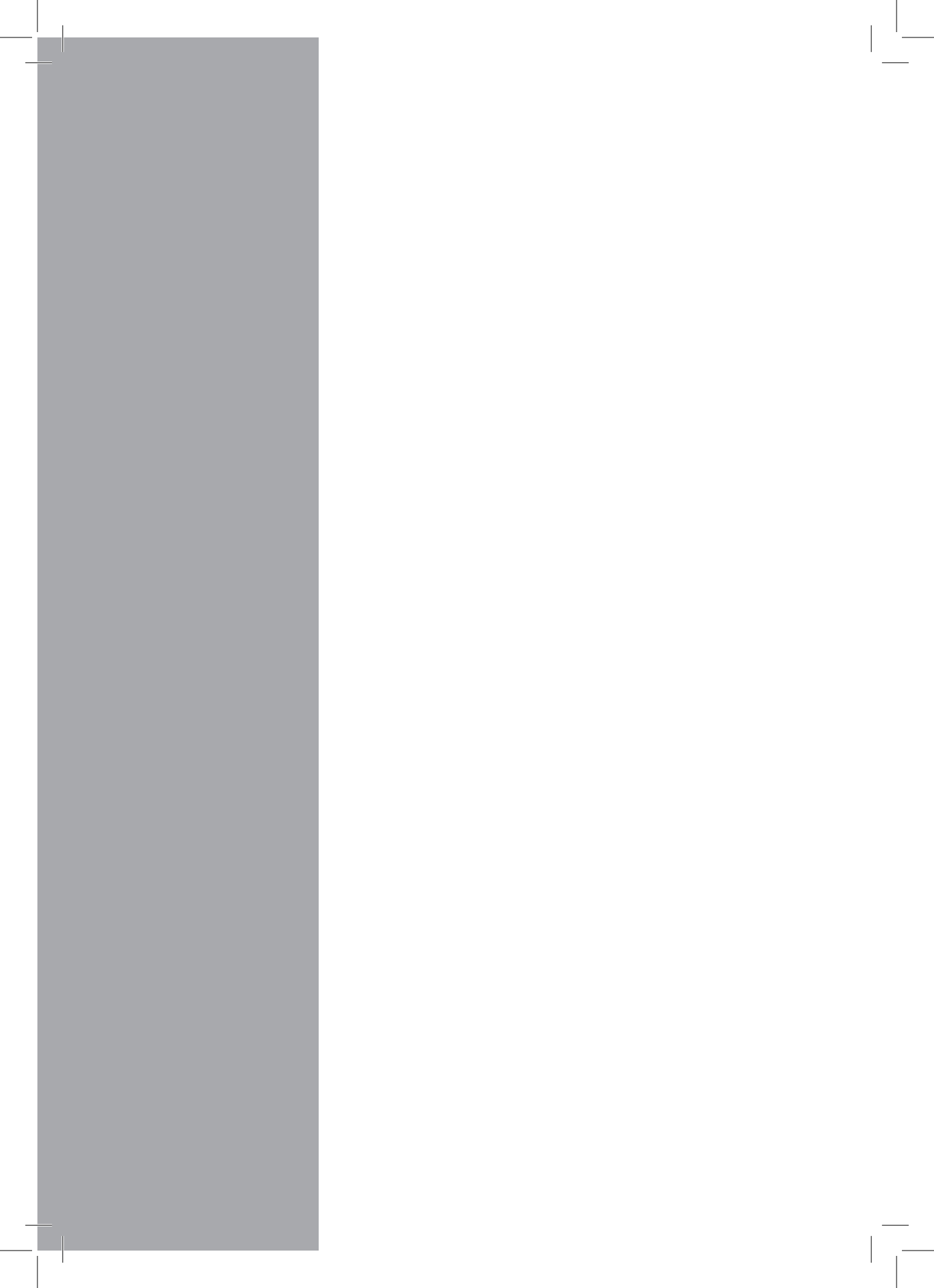
Autores..... 371

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 (<i>CHECK LIST</i>)	397

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

Direito Penal



A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL POR MEIO DO TOQUE COMO HIPÓTESE DE INCRIMINAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL – ESTUDO ACERCA DO CRIME PREVISTO NO § 184I DO CÓDIGO PENAL ALEMÃO

SEXUAL HARASSMENT BY TOUCHING AS A CRIME AGAINST SEXUAL HARASSMENT – A STUDY OF THE CRIME UNDER § 184I OF THE GERMAN CRIMINAL CODE

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO

Professora de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Bonn. Professora visitante na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlim pelo programa de Pós-Doutorado CAPES/Alexander-von-Humboldt entre os anos de 2019 e 2020.

Lattes: [lattes.cnpq.br/2140801364233810].

ORCID: [orcid.org/0000-0001-8080-0662].

beatrizcamargo@ufu.br

TRADUÇÃO:

GUILHERME DE TOLEDO GÓES

Doutorando e LL.M. em direito alemão pela Humboldt-Universität zu Berlin (Direito Penal). Docente assistente na George-August- Universität Göttingen. Advogado.

Lattes: [lattes.cnpq.br/1260067143554118].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-2760-5248].

guilherme.tgoes@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719155].

Autora convidada

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: O presente artigo se debruça sobre a incriminação da importunação sexual, desde a perspectiva do direito penal alemão. Na Alemanha, o § 184h pune a conduta de tocar

ABSTRACT: This article addresses the incrimination of sexual harassment from the perspective of German criminal law. In Germany, § 184h punishes the conduct of physically touching,

fisicamente o corpo de outra pessoa de maneira sexualmente explícita, importunando-a. A despeito de ter encontrado relativo acolhimento no meio social, a introdução do delito em questão foi objeto de grande controvérsia no meio jurídico. Entre os pontos de crítica da doutrina se encontram a dificuldade de delimitar a natureza sexual do toque e o conceito de importunação da vítima por meio do contato sexual. Nesse contexto, o presente artigo propõe uma compreensão holística do delito de importunação sexual como hipótese de incriminação do assédio sexual. Com isso, realiza uma investigação mais ampla sobre o assédio sexual enquanto fenômeno social, derivando dessa análise soluções possíveis para a interpretação e aplicação do crime de importunação sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio sexual – Importunação sexual – Crimes sexuais – Direito penal sexual – Autonomia sexual – Ato libidinoso – Consentimento sexual.

another person's body in a sexually explicit manner thereby harassing them. Despite finding relative acceptance in society, the introduction of the offense in question was the subject of great controversy in the legal arena. Among the points of criticism are the difficulty of delimiting the sexual nature of the touch and the concept of harassment of the victim through sexual contact. In this context, this article proposes a holistic understanding of the crime of sexual harassment as a case of incriminating sexual harassment. With this, it carries out a broader investigation into sexual harassment as a social phenomenon, deriving from this analysis possible solutions for the interpretation and application of the crime of sexual harassment.

KEYWORDS: Sexual harassment – Sexual harassment – Sex crimes – Sexual criminal law – Sexual autonomy – Act of a sexual nature – Sexual consent.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O significado normativo do termo "assédio sexual". 2.1. Papel político da criação de conceitos. 2.2. O que é assédio sexual?. a) Linguagem cotidiana. b) Caracterização e motivos para a designação de uma conduta como assédio. 3. Pesquisas empíricas da psicologia social: caracterização, estratégias de sobrevivência e motivações por trás do assédio sexual. 4. A incriminação da importunação sexual como forma de assédio por meio do contato físico. 4.1. Objeto de tutela da proibição de assédio e importunação sexual. 4.2. Normas indeterminadas como técnica legislativa adequada para uma proteção abrangente contra o assédio sexual? Observações sobre o exemplo suíço. 4.3. A influência dos mitos sobre as agressões sexuais na interpretação e aplicação da proibição de importunação sexual. 5. A punibilidade da importunação sexual na Alemanha. 5.1. A inclusão do § 184i no Código Penal alemão. 5.2. Estado atual da discussão. a) A visão da doutrina sobre o elemento do tipo "importunar". b) A visão da doutrina sobre a natureza sexual do contato físico. 5.3. Reorientando o debate: as contribuições da pesquisa sobre o assédio sexual para a interpretação do § 184i StGB. a) Pessoas, corpos e o "sexual": por que não se deve restringir a importunação ao toque em certas partes do corpo. b) Consentimento como motivo para os toques sexuais – sobre o significado do termo "importunar". 6. Considerações finais. 7. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

No¹ ano de 2016, o Código Penal Alemão (StGB) foi complementado com o delito de “importunação sexual”^{NT} (§ 184i StGB). De acordo com esse dispositivo, passa a ser crime a conduta de “quem tocar fisicamente o corpo de outra pessoa de maneira sexualmente explícita, importunando-a”. A introdução desse dispositivo ocasionou críticas intensas por parte da literatura penal alemã². Embora os objetivos perseguidos pelo legislador³ tenham sido variados, pode-se compreender o surgimento do § 184i StGB no contexto de uma discussão internacional mais ampla sobre o tratamento jurídico do assédio sexual, cujas origens remontam aos anos 70 do século passado⁴.

1. A autora agradece ao Prof. Dr. Joachim Renzikowski e ao Prof. Dr. Dominik Brodowski, LL.M. (UPenn) pelas sugestões de literatura, observações e críticas para o desenvolvimento deste trabalho; também à Prof. Dra. Ingeborg Puppe, a Javier Contesse Singh, LL.M. (Univ. de Chile) e ao doutor Wagner Marteleto Filho, pela discussão de algumas opiniões defendidas aqui. O presente artigo foi originalmente publicado na revista alemã *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. A tradução para o português foi impecavelmente realizada por Guilherme de Toledo Góes. Intervenções pontuais na estrutura do texto e em seu conteúdo foram realizados pela autora do artigo, no intuito de facilitar o entendimento da discussão ao público brasileiro. Quaisquer dissonâncias do artigo em alemão são, portanto, de completa responsabilidade da autora.

NT. Nota do tradutor: ao longo do texto o leitor poderá notar os termos “assédio sexual” e “importunação sexual” como traduções para “sexuelle Belästigung”. A opção por não manter uma uniformidade justifica-se por dois motivos: pelo conteúdo da argumentação da autora do texto e pela regulação jurídica da matéria. O leitor poderá notar que a autora desenvolve uma análise sobre a terminologia “assédio sexual” (itens 2 e 3 do artigo) e, na sequência, aborda o problema de uma perspectiva mais normativa (itens 4 e 5). Assim, “assédio sexual” aparece em dois contextos: quando se fala, de maneira geral, em comportamentos transgressores com conotação sexual, abarcando comportamentos previstos por diferentes crimes contra a liberdade sexual e não apenas pelo art. 216-A do CP; e quando se fala das situações específicas em que o constrangimento sexual ocorre no contexto profissional, mais associadas, assim, ao próprio crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A do CP. A expressão “importunação sexual” aparece quando o contexto do texto está diretamente associado ao § 184i StGB, dispositivo que mais se assemelha ao crime de importunação sexual, previsto pelo art. 215-A do CP. O leitor notará que as abordagens do próprio texto permitem essas identificações.

2. Sobre isso, a seguir 4.
3. Sobre a influência das mídias de massa sobre a discussão política na Alemanha, HOVEN, Elisa. Der Einfluss der Medienberichterstattung auf die Reform des Sexualstrafrechts: eine Analyse der Diskursstrategien digitaler Medien. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 100, 2017. p. 165 e ss.
4. No Brasil, pune-se, desde 2001, a “importunação sexual quando relacionada ao abuso de uma posição hierárquica” (Assédio sexual, art. 216-A do CP). Até pouco tempo não havia uma norma comparável ao § 184i StGB, embora fosse crescentemente reivindicada na discussão político-jurídica. A Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, introduziu no Código Penal o tipo penal da *importunação sexual* (art. 215-A): “Praticar, contra alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro; Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.” Sobre isso: CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O crime de importunação sexual: resposta adequada ao assédio sexual de rua? *Boletim do*

Não obstante a variação do *nomem juris* em cada ordenamento jurídico, compreende-se aqui o termo “assédio sexual” como gênero conceitual que reflete um fenômeno mais amplo, fragmentariamente incriminado por meio de variados crimes em espécie. Assim, a “importunação sexual” do § 184i StGB é um exemplar de incriminação do assédio sexual, cuja regulação criminal envolve outras figuras, tais como o delito de exibicionismo de atos obscenos, o crime de registro não autorizado de partes íntimas, o delito de confrontação indesejada com pornografia ou as tipificações do abuso de poder no ambiente laboral para a obtenção de vantagens sexuais.

Tendo como ponto de partida o fenômeno do assédio sexual, este artigo pretende abordar a questão sobre a adequação e utilidade de uma norma como o § 184i StGB. Para isso, irá atentar aos contextos sociais em que o assédio sexual ocorre (item 2 a seguir), pois eles influenciam a matéria regulada e, com isso, impactam, em última instância, sobre a aplicação do tipo penal criado. Para compreender o fenômeno da importunação e do assédio sexual, a investigação recorrerá, especialmente, aos conhecimentos atuais da psicologia social (item 3). Por fim, analisar-se-á, detalhadamente, quais as possibilidades e os limites que derivam do § 184i StGB para a punibilidade da importunação sexual por meio de contato físico (itens 4 e 5).

2. O SIGNIFICADO NORMATIVO DO TERMO “ASSÉDIO SEXUAL”

2.1. Papel político da criação de conceitos

Uma das questões centrais da sociologia lida com a influência real de ideias – ou seja, paradigmas e *frameworks* normativos – sobre decisões políticas⁵.

O “*framing*” utilizado pelos atores políticos – em outras palavras, a forma como uma determinada situação é “enquadrada” – pode não só evidenciar (novos) problemas como também expressar, simultaneamente, a quem cabe a responsabilidade sobre esses problemas e como eles podem ser solucionados⁶. Nesse sentido, o termo do assédio sexual foi escolhido de forma consciente pelas feministas da chamada “segunda onda” do movimento feminista. Nas palavras de Zippel: “*defining the phenomenon radically changed interpretation*

IBCCRIM, v. 26, 2018. p. 10 e s. Na doutrina brasileira, há alguns anos já se defendia um tipo penal com uma pena menor do que a de estupro; nesse sentido, p. ex., BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4. p. 57 e ss.; NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 59 e ss.

5. CAMPBELL, John L. Ideas, Politics, and Public Policy. *Annual Review of Sociology*, v. 28, 2002. p. 26 e ss.

6. ZIPPEL, Kathrin. *The Politics of Sexual Harassment – A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, 2006. p. 33. No mesmo sentido, SAGUY, Abigail Cope. *What is sexual harassment? from Capitol Hill to the Sorbonne*, 2003. p. 128 e ss.

*of everyday behavior: behavior previously considered private became politicized and redefined as injustice done to women.*⁷

Embora o fenômeno tenha sido reconhecido já no final do século XIX⁸, apenas em meados da década de 70 do século XX deu-se a ele um nome nos Estados Unidos: a expressão “*sexual harassment*”⁹. O contexto era o de um debate público, conduzido sobretudo por feministas, sobre as relações desiguais de trabalho entre mulheres e homens. A terminologia do “*sexual harassment*” foi desenvolvida por engajadas juristas norte-americanas e foi rapidamente adotada na discussão em outros países¹⁰.

Como consequência imediata desse desenvolvimento nos Estados Unidos, as desvantagens psicológicas e econômicas das trabalhadoras foram reconhecidas pelos tribunais como forma de discriminação de gênero¹¹. Esse pensamento também foi levado à política, economia e mídia europeias por meio do movimento feminista internacional, dos grupos de interesses transnacionais, das mulheres sindicalizadas e de tomadores de decisão. Disso decorreu, já no início dos anos 1980, que se iniciasse, no âmbito da União Europeia, o desenvolvimento de propostas conjuntas de soluções para o problema. Contudo, a primeira diretiva relacionada ao tema do assédio e da importunação sexual data somente do ano de 2002; na oportunidade, tratava-se da proteção de mulheres contra o assédio sexual no ambiente de trabalho¹².

Apesar da regulamentação – de qualquer modo, parcial – da matéria no plano europeu, não se pode ignorar, como Saguy destaca, que o significado do assédio sexual varia muito em cada Estado membro, em razão do contexto histórico e nacional, sobretudo em virtude da relação reflexiva entre direito e cultura. Essa relação implica – a depender da constelação – julgamentos muito diversos sobre o conteúdo do termo “assédio sexual” e o porquês tais comportamentos devem ser considerados incorretos¹³.

7. ZIPPEL, Op. cit., p. 32.

8. SIEGEL, Reva B. A Short History of Sexual Harassment. In: MACKINNON, Catharine; SIEGEL, Reva (Org.). *Directions in Sexual Harassment Law*, 2004. p. 8; ver, também, BAKER, Carrie N. *The Women's movement against sexual harassment*, 2008. p. 1.

9. Há divergência quanto à autoria do termo. De acordo com SIEGEL, Op. cit., p. 8, o primeiro uso foi de Lin Farley, em um evento universitário sobre mulheres e trabalho, no ano de 1974. Por outro lado, SAGUY, Op. cit., p. 178, menciona uma declaração do *Working Women United Institute*, em 1975. Para BAKER, Op. cit., p. 1, o nome foi cunhado por um grupo feminista em Ithaca, Nova Iorque, em 1975.

10. De acordo com ZIPPEL, Op. cit., p. 14, os primeiros trabalhos sobre o tema no Canadá, Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha foram elaborados ainda nos anos 1970.

11. SIEGEL, Op. cit., p. 9; ZIPPEL, Op. cit., p. 43 e ss.

12. Diretiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera a Diretiva 76/207/CEE do Conselho relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho (Artigo 2 (1) e (2)). Para uma descrição sobre o desenvolvimento na Europa, ZIPPEL, Op. cit., p. 29 e ss.; p. 83 e ss.

13. SAGUY, Op. cit., p. 4 e ss.

2.2. O que é assédio sexual?

a) Linguagem cotidiana

Inicialmente, o assédio sexual foi compreendido como um fenômeno relacionado principalmente às relações de trabalho. No entanto, o termo também se difundiu rapidamente na linguagem cotidiana. O motivo disso deve ter sido uma crescente consciência feminista na vida cotidiana das mulheres, pois, embora homens também sejam, sem dúvidas, afetados por tais ações, as mulheres representam – como demonstram estudos empíricos – a clara maioria das vítimas de assédio sexual¹⁴.

Desde que o termo foi cunhado, nos anos 70 do século passado, ele foi estendido a outras esferas da vida, como escolas, cursos de formação e, de modo geral, os espaços públicos. E, hoje, diversos comportamentos podem ser compreendidos como forma de assédio sexual: p. ex., “elogios” inadequados sobre a aparência, comentários descabidos com conteúdo sexual, a exibição indesejada de imagens pornográficas, contatos físicos e corporais não consentidos, propostas sexuais intrusivas, a realização de pressão com relação a encontros íntimos, bem como relações sexuais com subordinados que tenham prejuízos ou desvantagens a temer em caso de recusa.

Neste contexto, ganhou notoriedade o caso de Anita Hill, que, após recusar diversas vezes um encontro sexual com o juiz Clarence Thomas, teve de escutar diversos comentários dele com conteúdo sexual, como ele gostar de assistir filmes pornográficos em que

-
14. Nos Estados Unidos, o Department of Defense analisa a situação dos funcionários das forças armadas norte-americanas desde 1996. As últimas pesquisas demonstram que, apenas no ano de 2014, cerca de 22% das mulheres atuantes nas forças armadas foram sexualmente assediadas no ambiente de trabalho, em contraposição com os 7% nos casos dos homens – ver, MORRAL, Andrew R. et al. *Sexual Assault and Sexual Harassment in the U.S. Military*, Estimates for Department of Defense Service Members from the 2014 RAND Military Workplace Study. Santa Monica: RAND Corporation, 2015. v. 2. p. 31 e ss. Disponível em: [www.rand.org/pubs/research_reports/RR870z2-1.html]. Acesso em: 01.07.2018. Em comparação, o Reino Unido, em um estudo representativo do ambiente de trabalho, relatou que 54% das mulheres já foram vítimas de assédios, enquanto no caso dos homens o número relatado foi de 9% – veja EUROPEAN COMMISSION. *Sexual Harassment in the Workplace in the European Union*, 1998. p. 133, disponível em: [www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/shworkpl.pdf]. Acesso em: 01.07.2018. De acordo com uma pesquisa da Agência de Direitos Humanos da União Europeia, uma em cada duas mulheres na União Europeia foi, ao menos uma vez, assediada sexualmente ao longo da vida; quanto a isso, 13% das mulheres haviam sido sexualmente assediadas nos 12 meses anteriores à pesquisa – Agentur der EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE. *Gewalt gegen Frauen: eine EU-weite Erhebung*, 2014. p. 30 e s. Disponível em: [fra.europa.eu/de/publication/2014/gewalt-gegen-frauen-eine-eu-weite-erhebung-ergebnisse-auf-einen-blick]. Acesso em: 01.07.2018. Na Alemanha, a porcentagem é ainda maior, conforme o estudo do Ministério Federal da Família, Idosos, Mulheres e Juventude (BMFSFJ), chegando à casa dos 58% – BMFSFJ. *Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland – Kurzfassung*, 2004. p. 18. Disponível em: [www.bmfsfj.de/blob/94200/d0576c5a115baf675b5f75e7ab2d56b0/lebenssituation-sicherheit-und-gesundheit-von-frauen-in-deutschland-data.pdf]. Acesso em: 01.07.2018.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Tradução: GUILHERME DE TOLEDO GÓES. A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 202. ano 32. p. 17-52. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719155].

mulheres mantinham relações sexuais com animais ou em que eram violentadas¹⁵. Outros exemplos no passado recente são o caso da chamada “Noite de Ano Novo de Colônia”, ocorrida no ano de 2016, no qual muitas mulheres relataram terem sido cercadas e “apalpadas” por um grande grupo de jovens¹⁶, como também a declaração pública da atriz Lupita Nyong’o sobre o produtor de filmes Harvey Weinstein, que a teria obrigado a entrar em seu quarto e em seguida tentado massageá-la¹⁷.

Não é difícil reconhecer a ampla gama de situações às quais o termo “assédio sexual” se aplica, pois é justamente o emprego fluente da expressão na linguagem cotidiana que torna difícil formular uma definição. Por esse motivo, pesquisas e folhetos, via de regra, dispensam uma definição e utilizam em seu lugar um catálogo de comportamentos normalmente citados como exemplos de assédio e importunação sexual¹⁸. Por outro lado, essas dificuldades associadas à definição são um desafio para o tratamento jurídico desse tipo de conduta. Afinal, as leis exigem critérios claros para garantir a aplicação das normas adotadas; e, de todo modo, no direito penal deve-se atentar ao princípio da taxatividade (art. 103, II, da Constituição Federal Alemã).

Não obstante o enquadramento jurídico da matéria, o uso cotidiano do termo assédio sexual não é irrelevante para a compreensão jurídica de tais comportamentos. É justamente esse uso geral da linguagem que permite extrair conclusões dos contextos político, moral e social que estão por trás dessas formas de comportamento. A tematização desses contextos nos discursos político e acadêmico influenciou, em diversos países, a tentativa das recentes legislações penais de lidar com o problema por meio de novas disposições legais.

Por conseguinte, parece proveitoso debruçar-se rapidamente sobre duas questões: de um lado, quais interesses são afetados por meio dessas formas de comportamento e,

15. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Hearings before the committee on the judiciary of United States senate. First session on the nomination of judge Clarence Thomas to be associate justice of the Supreme Court of the United States*, Outubro 11, 12, e 13, 1991, part 4, Washington, 1993. p. 37. Disponível em: [www.loc.gov/law/find/court-confirmed.php]. Acesso em: 01.07.2018.
16. Sobre isso, o parecer do perito, Prof. Dr. Egg, no âmbito do relatório final da comissão parlamentar IV de 23.03.2017, Landtag NRW-Drs. 16/14450. p. 1224. Com base na análise de 1.022 registros de casos, ele chegou à conclusão de que em cerca de 47% dos casos foram relatados delitos sexuais, dos quais 17% estavam relacionados a delitos patrimoniais (p. 1245). As vítimas das agressões sexuais eram exclusivamente mulheres (p. 1244).
17. NYTIMES. *Nyong’o, Speaking Out About Harvey Weinstein*, v. 19.10.2017. Disponível em: [www.nytimes.com/2017/10/19/opinion/lupita-nyongo-harvey-weinstein.html]. Acesso em: 01.07.2018.
18. Ver, por exemplo, o catálogo de ações do relatório da Agência de Direitos Humanos da União Europeia (*Agentur der Europäischen Union für Grundrechte*), p. 30; os folhetos da ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Sexual and gender-based harassment: know your rights*, 2011. p. 2. Disponível em: [www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Sexual%20and%20gender%20based%20harassment_know%20your%20rights_English_accessible.pdf]. Acesso em: 01.07.2018; o relatório do órgão antidiscriminação do governo federal alemão, *Was tun bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?*, 2017. p. 5. Disponível em: [www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Leitfaden_Was_tun_bei_sexueller_Belaestigung.pdf?__blob=publicationFile&v=9]. Acesso em: 01.07.2018.

de outro, em que medida uma melhor compreensão da conduta pode ser benéfica para a delimitação conceitual jurídica do assédio sexual. Ambas as questões nos parecem indispensáveis para a formulação e interpretação de leis que tratam dos crimes de assédio e de importunação sexual.

b) *Caracterização e motivos para a designação de uma conduta como assédio*

Na linguagem cotidiana, a caracterização de uma ação como “assédio sexual” expressa por si só uma forma de atribuição de responsabilidade bastante específica. Isso tem diversos motivos: em primeiro lugar, o termo enfatiza que se trata de uma forma de comportamento que afeta a sexualidade de uma outra pessoa – o que o distingue, desde já, de uma injúria trivial¹⁹. Portanto, um modo de definir o assédio sexual está na consideração de que se trata de um comportamento de natureza sexual indesejado ou transgressor²⁰.

O termo, no entanto, também indica que se trata de um fenômeno social, no qual são agrupadas formas de conduta sistemáticas com origem no sexismo²¹. Quanto a isso, pesquisas empíricas demonstram a relação entre o assédio sexual e a socialização masculina. Tais pesquisas demonstram não só que a grande maioria das mulheres são vítimas de tais agressões, como também que a grande maioria dos homens são os autores, mesmo nos casos em que eles próprios são as vítimas. Nesses casos, constata-se que as formas de assédio de homens contra homens são geralmente diferentes daquelas contra as mulheres²².

O assédio sexual é, nesse sentido, um resultado de fatores sociais e nem sempre está motivado por um interesse sexual. Muitas vezes, trata-se de reações contra pessoas, em razão de elas não se comportarem conforme seus respectivos papéis de gênero²³. A perspectiva

19. Pode-se, naturalmente, sustentar um conceito de honra em que todo desprezo da pessoa ou qualquer violação da autoestima da vítima caracterize uma injúria. Contudo, ainda que se parta desta premissa, deve-se admitir que assédios sexuais não são uma mera violação da honra. Sobre a problemática da violação da honra por meio de assédios sexuais, ver, ZACZYK, Reiner. In: KINDHÄUSER, Urs et al (org). *Nomos Kommentar StGB*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 185, nm. 1-6, 24 e s.

20. Assim a definição, importante para o campo da psicologia. Sobre isso, FITZGERALD, Louise; SWAN, Suzanne; FISCHER, Karla. Why Didn't She Just Report Him? The Psychological and Legal Implications of Women's Responses to Sexual Harassment. *Journal of Social Issues*, v. 51, 1995, p. 128.

21. Indispensável, sobre isso, MACKINNON, Catharine. *Sexual harassment of working women*, 1979, p. 1 e ss., 156 e ss.

22. Nesse sentido, ver os estudos de WALDO, Craig R.; BERDAHL, Jennifer L.; FITZGERALD, Louise F., Are men sexually harassed? If so, by whom? *Law and Human Behavior*, v. 22, 1998, p. 59-79; RUSSELL, Brenda L.; OSWALD, Debra, When Sexism Cuts Both Ways: Predictors of Tolerance of Sexual Harassment of Men. *Men and Masculinities*, v. 19, 2016, p. 525. Muitos estudos limitam-se a contextos institucionais, como trabalho ou ensino. Com outras referências, ALEMANY, Carmen. In: HIRATA, Helena et. al. (Org.), *Dicionário crítico do feminismo*, 2009, p. 29; DIEHL, Charlotte; REES, Jonas; BOHNER, Gerd. Flirting with disaster: short-term mating orientation and hostile sexism predict different types of sexual harassment. *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, p. 521; ZIPPEL, Op. cit., p. 22.

23. WALDO; BERDAHL; FITZGERALD, *Law and Human Behavior*, v. 22, 1998, Op. cit., p. 60 e s., p. 70.

do sexismo permite, assim, uma compreensão abrangente das ações aqui analisadas. Quando, por exemplo, um adolescente é obrigado por seus colegas de escola a se confrontar com pornografia, isso pode ser interpretado como um sinal enviado para ele de que a homossexualidade não é tolerada nesse ambiente.

Em adição, destaca-se que a designação de um comportamento como assédio sexual possui um papel específico no contexto institucional. Como observa Renzikowski, as relações existentes dentro de instituições permitem “o aproveitamento de um ambiente, de forma que as vítimas não possam facilmente evadir-se das agressões”²⁴.

Em um ambiente institucional, portanto, interações que seriam publicamente irrelevantes merecem um exame diferenciado. Quando, por exemplo, um superior convida sua subordinada para um encontro íntimo, esta ação ocorre em um contexto de relações desiguais de poder e, por esse motivo, pode ser interpretada como exercício de uma pressão sobre ela. Dessa forma, o ambiente também é fator decisivo para determinar aquilo que uma pessoa, em caso de uma confrontação, tem a ganhar ou a perder – não apenas no sentido profissional, mas também emocional, no que diz respeito à autoestima e ao sentimento de pertencimento ao grupo²⁵. Por esse motivo, é comum, em instituições, que as pessoas sejam sexualmente assediadas pelo mesmo agressor por mais de uma vez e de formas diversas²⁶.

Essa dinâmica é especialmente importante para a punição do assédio caracterizado como coação sexual, porque o ambiente institucional oferece oportunidade para o emprego de formas mais sutis de coação, que se apresentam muito mais a partir de uma ameaça implícita do que de uma ameaça explícita de um mal grave²⁷.

O fato de que, no contexto institucional, a imposição de um mal ocorre frequentemente como reação do assediador à resistência da pessoa assediada também explica a decisão legislativa de países como Brasil²⁸, Colômbia²⁹, Espanha³⁰ e França³¹ de punir, sob os termos

24. RENZIKOWSKI, Joachim. Nein!: Das neue Sexualstrafrecht. *NJW*, v. 69, 2016, p. 3557.

25. Nesse sentido, há semelhanças com a violência psíquica praticada por meio de *mobbing*, como já apontado por HIRIGOYEN, Marie-France, *Die Masken der Niedertracht: Seelische Gewalt im Alltag und wie man sich dagegen wehren kann*, 2011, p. 68 e ss.; também sobre isso, GONZALES, Elpidio, *Acoso sexual*, 2007, p. 297 e ss.

26. Veja, SCHNEIDER, Kimberly T.; SWAN, Suzanne; FITZGERALD, Louise F. Job-related and psychological effects of sexual harassment in the workplace: empirical evidence from two organizations. *Journal of Applied Psychology*, v. 82, 1997, p. 402 e 408.

27. Para a compreensão da coação no contexto institucional, RENZIKOWSKI, Joachim. Vor § 174, § 177. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Aufl. München: Beck, 2017. v. 3, vor § 174 nm. 19 s, § 177 nm. 92 e ss. Quanto à discussão sobre liberdade e desequilíbrio de forças nas possíveis formas de organização de instituições, HÖRNLE, Tatjana. Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 127, 2015, p. 881-885.

28. Art. 215-A und Art. 216-A, CP.

29. Art. 210-A, CP colombiano.

30. Art. 184 Abs. 1, CP espanhol.

31. Art. 222-33 Abs. 1, CP francês.

de “assédio sexual”, desde logo, a ameaça, sem que o objeto da proibição tenha de ser a realização de um ato sexual³². Em comparação com o requisito do “*mal grave*” previsto na Alemanha para a coação sexual, as leis desses países não estabelecem padrões estritos para a mensuração do mal ameaçado pelo assediador.

À luz da dinâmica institucional, algumas ordens jurídicas definem o assédio sexual como um comportamento indesejado de natureza sexual, porém que se torna juridicamente relevante somente por meio da formação de um tipo de ambiente coercitivo, isto é, ambientes intimidadores, hostis, vexatórios, degradantes ou ofensivos. Atualmente, essa caracterização, típica para normas voltadas ao tratamento equitativo nas relações de trabalho³³ também é utilizada na formulação de delitos sexuais por alguns países. Exemplos disso são as normas penais para assédio sexual na Espanha³⁴ e na França³⁵.

De uma perspectiva psicológica, um comportamento abusivo merece atenção se for considerado pelo afetado como lesivo, prejudicial ou ameaçador ao seu bem-estar. Por esse motivo, o assédio sexual também é compreendido como uma forma de “violência psicológica”. Quanto a isso, os eventuais impactos psicológicos para a vítima podem ser estresse, insegurança, transtornos na alimentação e no sono, medo, queixas psicossomáticas, diminuição da capacidade de concentração, depressão e até a perturbação de relações interpessoais³⁶.

3. PESQUISAS EMPÍRICAS DA PSICOLOGIA SOCIAL: CARACTERIZAÇÃO, ESTRATÉGIAS DE SOBREVIVÊNCIA E MOTIVAÇÕES POR TRÁS DO ASSÉDIO SEXUAL

No campo da pesquisa empírica, a psicologia social debruça-se sobre a “estrutura” do assédio sexual. Nessa linha, os pesquisadores *Gelfand*, *Fitzgerald* e *Drasgow* sugeriram três dimensões diferentes para o fenômeno, e testaram o modelo concebido em universidades e locais de trabalho de países com culturas diversas³⁷. O modelo serve como paradigma para

32. Diferente da punição de abusos sexuais, na Alemanha, conforme o § 177 Abs. 2 Nr. 4 e 5 StGB, muito embora a tentativa neste caso também seja punível (§ 177 Abs. 3 StGB).

33. Exemplos dessas normas são a diretiva norte-americana da *Equal Employment Opportunity Commission* do ano de 1980, na versão atual alterada em 1999 (§ 1604.11), a diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em questões relativas ao trabalho e à atividade profissional (Art. 2 (1) d), bem como a Lei Geral de Igualdade de Tratamento na Alemanha (§ 3 Abs. 4).

34. Art. 184 Abs. 1, CP espanhol, desde a versão revista em 1999.

35. Art. 222-33 Abs. 1, CP francês, desde a versão revista em 2012.

36. DIEHL, Charlotte; REES, Jonas; BOHNER, Gerd. Die Sexismus-Debatte im Spiegel wissenschaftlicher Erkenntnisse. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, v. 64, 2014, p. 25; FITZGERALD, Louise; SWAN, Suzanne; FISCHER, Karla. Why Didn't She Just Report Him? The Psychological and Legal Implications of Women's Responses to Sexual Harassment. *Journal of Social Issues*, v. 51, 1995, p. 402. O estudo do BMFSFJ, Op. cit., p. 17 e s., relata, por exemplo, um percentual de 56% das mulheres entrevistadas com efeitos psicológicos negativos, como consequência do assédio sexual. Veja, também, RENZI-KOWSKI, NJW, v. 49, 2016, Op. cit., p. 3557.

37. Um desses países era o Brasil, onde, na época, a expressão “assédio sexual” ainda não era conhecida. GELFAND, Michele J.; FITZGERALD, Louise F.; DRASGOW, Fritz. The structure of sexual

o desenvolvimento de pesquisas atuais e permite, entre outras coisas, uma análise diferenciada quanto à frequência de cada um dos três grupos de ações e de suas motivações possivelmente subjacentes³⁸.

De uma perspectiva sobre a dinâmica do comportamento, pode-se distinguir entre: um assédio sexual orientado pelo gênero (“gender harassment”), um assédio referido como atenção sexual indesejada (“unwanted sexual attention”) e a coação sexual (“sexual coercion”).

O assédio sexual na forma de coação sexual acontece quando a ocorrência de determinadas vantagens ou a não ocorrência de certas desvantagens surgem como condição para o envolvimento sexual da pessoa afetada³⁹. Embora grave, esta forma de assédio sexual não é a mais frequente⁴⁰.

Sob a ideia de “atenção sexual indesejada” entendem-se as ações intimidadoras e coercitivas que visem ou estejam direcionadas ao envolvimento sexual da outra pessoa. Essas ações são desde logo invasivas, pois são impostas a outra pessoa contra a sua vontade. Exemplos disso são tanto intervenções menos graves (p. ex. convites insistentes para encontros íntimos), como também abusos sexuais e estupro⁴¹.

Por sua vez, deve-se diferenciar das hipóteses anteriores o assédio sexual orientado pelo gênero. Esta modalidade diz respeito a comportamentos intimidadores, injuriosos ou humilhantes a uma outra pessoa em razão do gênero⁴². Nesse sentido, a confrontação indesejada com a pornografia é frequentemente uma forma de assédio sexual orientado pelo gênero, como no exemplo do aluno que recebe imagens pornográficas de seus colegas, de forma indesejada. Além desses casos, outras formas mais sutis de assédio constituem ataques dirigidos ao gênero, como o caso suscitado por MacKinnon, em que os colegas de trabalho enviavam regularmente um pedaço de sabonete cortado em forma de pênis à única mulher funcionária na linha de produção de uma fábrica de sabonetes⁴³.

A motivação para as respectivas formas de assédio sexual pode basear-se em diversas causas. Assédios sexuais orientados pelo gênero não aspiram à cooperação sexual da

harassment: A confirmatory analysis across cultures and settings. *Vocational Behavior*, v. 47, 1995, p. 174.

38. Para esta abordagem, o estudo de DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 521 e ss.

39. A expressão no círculo jurídico norte-americano é *quid pro quo*, onde não se diferencia estritamente se a ocorrência de vantagens e desvantagens deve ou não violar um direito da vítima.

40. Apenas para citar um exemplo, o estudo MORRAL et al., Op. cit., p. 33, indicou a porcentagem de 0,35% dos homens e 1,66% das mulheres que sofreram esse tipo de assédio, no exército norte-americano, em 2014. Sobre a frequência, veja também GELFAND; FITZGERALD; DRASGOW, *Vocational Behavior*, v. 47, 1995, Op. cit., p. 168. Com outras referências, DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 522.

41. GELFAND; FITZGERALD; DRASGOW, *Vocational Behavior*, v. 47, 1995, Op. cit., p. 168.

42. Idem.

43. MACKINNON, Catharine. *Only Words*, 1993, p. 47.

outra pessoa – pelo contrário: eles podem ser interpretados como expressão de um motivo hostil do assediador. Em uma sociedade sexista, trata-se, nesse contexto, de uma estratégia empregada (inconscientemente) por muitos homens como forma de assegurarem-se de seu poder e de sua identidade masculina. Por outro lado, o assédio sexual caracterizado pela atenção sexual indesejada pode muito bem ser motivado pelo interesse sexual do assediador, ainda que não necessariamente. Também nesses casos a hostilidade é frequentemente o motivo para o comportamento transgressor, empregado para os fins da intimidação⁴⁴.

A visão sobre as motivações por trás de comportamentos sexualmente assediadores ganha importância especialmente no que se refere àquelas narrativas usadas para desculpar ou minimizar esses tipos de ações, como quando são descritas como mero flerte ou falsa expressão de afeto. A este respeito, a análise da psicologia social sobre as possíveis formas de reação de vítimas de assédio sexual permite uma melhor compreensão da dimensão das consequências deste tipo de comportamento para a pessoa afetada. Deve-se atentar ao fato de que a vítima em muitos casos não oferece resistência ou não há notificação a superiores responsáveis; e isso pode ter diversas explicações: por exemplo, o receio de que alguém não acredite, a preocupação com o emprego, os sentimentos de vergonha e humilhação, ou também as estratégias psíquicas internas pelas quais se busca contornar ou evitar o fardo emocional da experiência⁴⁵.

4. A INCRIMINAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL COMO FORMA DE ASSÉDIO POR MEIO DO CONTATO FÍSICO

4.1. Objeto de tutela da proibição de assédio e importunação sexual

Conforme vimos até aqui, o assédio e a importunação sexual podem ser praticados por meio de palavras e gestos, bem como por meio do contato físico. De igual modo, verificam-se casos em que os assediadores fazem uso de coerção. Com isso, diferentes objetos de tutela podem ser afetados pela importunação sexual, o que demanda uma visão integrada sobre os diferentes enquadramentos normativos (“*normative frames*”) capazes de justificar uma penalização da importunação sexual.⁴⁶ Em termos concretos, há basicamente

44. Nesse sentido, o estudo de DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 522-525, 528.

45. FITZGERALD; SWAN; FISCHER, *Journal of Social Issues*, v. 51, 1995, Op. cit., p. 118 e ss., 123 e s., 126 e s. Ver, também, a análise com base em pesquisas, entrevistas e estudos de caso em: HOLZBECHER, Monika; BRASZEIT, Anne; MÜLLER, Ursula; PLOGSTEDT, Sibylle. *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*, 1997, p. 66, 68 e ss. De qualquer forma, não se deve ater a uma imagem de vítima segundo a qual as mulheres atingidas estão vulneráveis; com este fim, DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 25.

46. Para este fim, a abordagem sociocultural de SAGUY, Op. cit., p. 12 e s., fala de um âmbito “institucional”, de um de discriminação e de um de violência para o tratamento do assédio sexual.

três enquadramentos distintos para o assédio sexual, quais sejam: a proteção de instituições⁴⁷, a prevenção de violência interpessoal⁴⁸ e o direito à igualdade de tratamento⁴⁹.

O § 184i StGB fixa o ponto central da penalização da importunação sexual na dimensão da violência interpessoal, pois este tipo penal prevê uma proibição do abuso sexual. A proteção da norma penal refere-se a um contato sexual corporal que assedie a pessoa tocada. São manipulações do corpo de uma pessoa praticadas sem o conhecimento ou contra a vontade da vítima. O ato praticado sem o consentimento relativo ao contato sexual expressa que a escolha da pessoa sobre o que fazer em relação à própria sexualidade é irrelevante, ou ainda, que seu corpo está à disposição da satisfação sexual do assediador. Nesta perspectiva, a importunação sexual sempre afeta – embora não exclusivamente – a autodeterminação sexual da pessoa contra a qual o ato se direciona⁵⁰.

4.2. Normas indeterminadas como técnica legislativa adequada para uma proteção abrangente contra o assédio sexual? Observações sobre o exemplo suíço

No ano de 2001, a Suíça promulgou um tipo penal amplo para a proibição penal do assédio sexual. Trata-se de uma norma subsidiária dos crimes sexuais, aplicável somente aos

47. A perspectiva institucional, segundo a qual o assédio sexual é um problema do ambiente de trabalho, é comum aos mecanismos de controle das empresas.

48. O âmbito da violência caracteriza, em diversos países, a penalização do assédio e da importunação sexual como ataque à autodeterminação sexual da pessoa, por exemplo, Brasil (arts. 215-A e 216-A, CP), Colômbia (art. 210-A, CP colombiano), Portugal (art. 170, CP português), Espanha (art. 184 (1) CP espanhol), França (art. 222-33 (1) e (2) CP francês), Suíça (art. 198, CP suíço) e Áustria (art. 218, CP austríaco).

49. De uma perspectiva feminista, é importante destacar os âmbitos de discriminação, pois com isso o tratamento desigual de mulheres emerge como consequência do sexismo. Dessa forma, as mulheres são reconhecidas como grupo em desvantagem e sua discriminação é delimitada pelo tratamento desigual de gênero-neutro – nesse sentido, CASTRO, Ana Rubio, in: RIVAS VALLEJO et al. (Org.), *Tratamiento integral del acoso*, 2015. Para evitar o perigo da individualização desse tipo de incidente, LEMBKE, Ulrike. Sexuelle Belästigung: Recht und Rechtsprechung. *Aus Politik und Zeitgeschichte – ApuZ*, v. 8, 2014, p. 40, estabelece o total abandono do termo do assédio sexual e, em substituição, propõe a adoção de “discriminação sexista”. O Código Penal francês proíbe, desde 2012, adicionalmente, o assédio sexual com discriminação em razão de gênero (ver, especialmente, Art. 225-1-1 e Art. 225-2 CP francês). Segundo a lei, este seria o caso quando o assédio sexual afeta a pessoa no exercício normal de seu trabalho, quando, para a pessoa, for o motivo da recusa da prestação de serviço, e quando a experiência profissional ou a oferta de trabalho for a ela condicionada. Não se encontra abarcado pelo texto legal francês o mero assédio sexual orientado pelo gênero ou seu efeito físico para a vida profissional da pessoa, como quando uma estudante precisa interromper seus estudos em razão de um tratamento sexista.

50. Sobre os objetivos de proteção do § 184i, veja RENZIKOWSKI, *MünchKommB*, Op. cit., § 184i nm. 2. Nesse sentido, a importunação sexual é uma violação da liberdade negativa de não ser instrumentalizado por outra pessoa. Para a definição de autodeterminação sexual, ver DE LUCA, Javier; LÓPEZ CASARIEGO, Julio, *Delitos contra la integridad sexual*, 2009, p. 28 e s.; HÖRNLE, ZStW, v. 127, 2015, Op. cit., p. 862; SICK, Brigitte; RENZIKOWSKI, Joachim. Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. In: HOYER, Andres et al. (Org.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, p. 604; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *Crimes Sexuais*, 2008, p. 171.

casos que não estiverem abarcados por normas de comportamento com maior ameaça de pena⁵¹. De acordo com o art. 198 do CP suíço, será punido com multa “quem praticar um ato sexual perante alguém que por isso não espera e, com isso, a importuna”, assim como “quem assediar sexualmente outra pessoa por meio do contato físico ou de forma ofensiva por meio de palavras”.

Como se pode perceber, a lei suíça não estabelece de que forma ações e palavras podem ser sexualmente importunadoras. À primeira vista, pode parecer pertinente adotar uma redação legislativa que descreva o comportamento punível com um conceito aberto como “assediar sexualmente”, tal qual se fez na Suíça⁵². Neste contexto, a expressão “assédio sexual” deve ser compreendida como um elemento normativo do tipo⁵³. Por sua vez, o desvalor do assédio sexual enquanto elemento normativo do tipo reside na violação da autodeterminação sexual alheia⁵⁴, cabendo tal avaliação ao indivíduo antes de agir⁵⁵.

A vantagem de um texto legal aberto como esse está no fato de ele permitir levar em consideração tanto as particularidades do caso concreto como a variedade de situações existentes na vida cotidiana. Dessa forma, impede-se que o tratamento jurídico de um fenômeno complexo seja obstruído de antemão por meio de uma descrição incompleta do legislador⁵⁶.

A desvantagem dessa técnica legislativa, por outro lado, reside no amplo espaço de discricionariedade cedido ao juiz, o que permite excessos tanto em desfavor do acusado como também em prejuízo da vítima. Isso porque se exige do juiz um grau especial de sensibilidade e distanciamento profissional para que ele possa argumentar de maneira fundamentada a respeito dos *standards* que justifiquem considerar o comportamento questionado como uma violação jurídica⁵⁷. Tal competência argumentativa, como veremos com mais detalhe

51. TRECHSEL, Jean-Richard; BERTOSSA, Carlo. Arts. 1 in: 87, 198. In: TRECHSEL, Jean-Richard; PIETH, Mark. (Org.). *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. Aufl., 2013, Art. 187 nm. 23 e Art. 198 nm. 11.

52. Para essa posição, LEMBKE, Ulrike. Sexuelle Übergriffe im öffentlichen Raum Rechtslage und Reformbedarf. *Kritische Justiz*, v. 49, 2016, p. 10.

53. SCHAEFER, Peer; WOLF, Jens: Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung – regelungsbedürftig oder politisch gewollt? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 34, 2001, p. 28.

54. Sobre o desvalor da importunação sexual à luz do § 184i StGB, ver, RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 9. Em relação à “liberdade sexual”, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal – Parte Especial*, 2017, p. 191, defende uma interpretação semelhante sobre o assédio sexual na Espanha (Art. 184, CP espanhol).

55. Sobre o conceito de natureza valorativa e sua utilização como técnica legislativa, PUPPE, Ingeborg, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 2. Aufl., 2011, p. 30; KINDHÄUSER, Urs. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. *InDret*, 2014, p. 14-19.

56. Com este fim, SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das Strafrechtliche Systemdenken. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 8 e ss.

57. Em todo caso, a formulação aberta do tipo penal suíço é compensada com a pena branda de multa (Art. 106, CP suíço). Ainda assim, é questionável em que medida a regulamentação suíça pode garantir uma proteção adequada em razão do prazo de três meses para a representação (Art. 31, CP suíço), sobretudo quando se considera que as vítimas de delitos sexuais normalmente precisam de

a seguir, é especialmente problemática no âmbito dos delitos sexuais, uma vez que o posicionamento do julgador em relação à sexualidade, à moralidade e aos papéis de gênero influenciam diretamente as suas convicções.

Portanto, ainda que o assédio e a importunação sexual sejam fenômenos pervasivos na vida cotidiana sobretudo das mulheres, uma proibição genérica dessas condutas é pouco útil para a regulação criminal da matéria. Nesse sentido, o § 184i do Código Penal alemão teve o mérito de ser mais preciso ao delimitar o modo de ação – por meio do contato físico – ainda que não fique claramente determinada a forma de violação da autonomia sexual da vítima.

4.3. *A influência dos mitos sobre as agressões sexuais na interpretação e aplicação da proibição de importunação sexual*

Outro desafio para a interpretação e aplicação das normas no campo dos delitos sexuais diz respeito aos chamados “mitos” sobre as agressões sexuais, que se fazem presentes igualmente na avaliação e no julgamento de situações potencialmente assediadoras.

Acerca da percepção de uma conduta como assédio, estudos demonstram que os homens são capazes de reconhecer de forma bastante similar às mulheres que certas formas de comportamento ultrapassam os limites impostos pela outra pessoa⁵⁸. No entanto, como também mostram as pesquisas existentes nessa área, o significado do assédio é muitas vezes minimizado por estratégias de neutralização que se baseiam em convicções falsas, porém, bastante difundidas na população. Assim, entre os “mitos sobre as agressões sexuais” se encontram, por exemplo, a ideia de que esse tipo de comportamento pertence tipicamente à natureza masculina, de que esses incidentes são normalmente orquestrados pelas mulheres ou de que é possível simplesmente se defender quando não se consente com o ato de natureza sexual⁵⁹.

Por meio dessas argumentações, rejeita-se a existência do assédio e da importunação como um problema social e negligencia-se a relevância dos casos individuais. Além disso, elas podem ter como consequência o deslocamento da responsabilidade do comportamento do autor para a vítima. Por fim, relativizam-se, assim, as consequências nocivas do assédio sexual⁶⁰.

muito tempo até conseguirem falar sobre suas experiências. Sobre isso, ver a crítica de KUMMER. *Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht*, 2002, p. 97 e s.

58. DIEHL; REES; BOHNER, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, v. 64, 2014, Op. cit., p. 24 e s. Alguns estudos, no entanto, indicam que o reconhecimento de algumas situações assediadoras pode ser muitas vezes difícil, especialmente na transição do flerte para a importunação sexual. Sobre isso, KEYTON, Joana; RHODES, Stephen C. Sexual harassment: A matter of individual ethics, legal definitions, or organizational policy? *Journal of Business Ethics*, v. 16, 1997, p. 129, 137 e ss.

59. Para a discussão, DIEHL; REES; BOHNER, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, v. 64, 2014, Op. cit., p. 27; DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 524.

60. DIEHL, Charlotte; GLASER, Tina; BOHNER, Gerd. Face the Consequences: Learning About Victim's Suffering Reduces Sexual Harassment Myth Acceptance and Men's Likelihood to Sexually Harass.

Cumpra notar que não somente os homens, como também as mulheres se atêm aos mitos sobre o assédio sexual como forma de racionalizar o ocorrido: para os primeiros, com a finalidade de uma (inconsciente) justificação acerca de suas próprias concepções e atitudes, e, para as últimas, em razão da ilusão da própria segurança, pois dessa forma elas asseguram que esse tipo de problema ocorre somente com “as outras” mulheres⁶¹.

5. A PUNIBILIDADE DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL NA ALEMANHA

5.1. A inclusão do § 184i no Código Penal alemão

Diferentemente da regulação suíça, na Alemanha a punibilidade – igualmente – subsidiária do assédio sexual resulta de normas pontuais. Para este efeito, no âmbito das reformas do direito penal sexual, foram elaboradas normas específicas, como o tipo penal do exibicionismo (§ 183 StGB), da criação de incomodo público (§ 183a StGB)⁶² e a importunação sexual (§ 184i StGB). Independentemente da questão de se os assédios verbais devam ser penalmente sancionados, a solução alemã, em princípio, merece aplausos. Ela conseguiu representar o âmbito dos comportamentos puníveis com maior clareza e compreensão do que o modelo de regulação suíço. O grau de sanção e ameaça penal diferenciam-se, corretamente, de acordo com o grau de injusto da forma de comportamento.

Antes da reforma, as mulheres vítimas de importunação sexual na Alemanha eram insufladas a formular uma notícia-crime por injúria (sexual) (§ 185 StGB). Isso se dava especialmente nas situações de injúrias físicas em forma de agressões corporais⁶³. Contudo, em razão da *ratio legis* voltada à punição da violação da honra, esse caminho levava normalmente a absolvições e deparava-se com a crítica de parte da literatura⁶⁴ que defendia a regulação da matéria no âmbito dos delitos sexuais⁶⁵.

Aggressive Behavior, v. 40, 2014, p. 490. Também sobre isso, BOHNER, Gerd; EYSSEL, Friederike; PINA, Afroditi; SIEBLER, Frank; VIKI, G., *Rape: Challenging contemporary thinking*, 2009, p. 17-45.

61. DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior* v. 40, 2014, Op. cit., p. 490; DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 38, 2012, Op. cit., p. 27 e s.

62. §§ 183 e 183a StGB, com críticas justificadas sobre os respectivos textos legais, SICK, Brigitte. *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 103, 1991, p. 83 e ss., 88 e s.; WEIGEND, Thomas. *Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 129, 2017, p. 520 e s., 523.

63. HILGENDORF, Eric. § 185. In: JÄHNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODERSKY, Walter (Org.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar – Großkommentar*. Bd. 6. 12. Aufl. Berlin: Gruyter, 2009, § 185 nm. 28.

64. A crítica dirigia-se, sobretudo, contra uma interpretação irrestrita do § 185 StGB. Veja, SICK, Brigitte. *Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung: oder: Wann sexuelle Gewalt die Frauenehre verletzt. Juristen Zeitung*, v. 46, n. 7, 1991, p. 330, 332; BEZJAK, Garonne. *Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers. Kritische Justiz*, v. 49, 2016, p. 554, 567; HILGENDORF, *Leipziger Kommentar*, Op. cit., § 185 nm. 31; RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, §184i nm. 2; SCHAEFER; WOLF, *ZRP*, v. 34, 2001, Op. cit., p. 28; HECKER,

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Tradução: GUILHERME DE TOLEDO GÓES. A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 202. ano 32. p. 17-52. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719155].

O tipo penal recentemente criado deve abarcar as agressões que não configurem um *ato sexual de relevo* nos termos do § 184h StGB. Para isso, a fundamentação legislativa cita constelações que, apesar de altamente invasivas, não eram reconhecidas pela jurisprudência como ações sexuais significativas – por exemplo, o aperto nas genitálias da vítima por cima da roupa, um beijo em uma mulher agarrando-a por trás, e pressionar a mão de uma mulher sobre o pênis do agressor por cima da roupa⁶⁶.

Segundo o legislador, não devem ser abarcadas pelo tipo penal as ações que não sejam aptas a afetar a autodeterminação sexual. Como exemplos, são mencionados o “simples beijo na bochecha” ou o “mero abraço”⁶⁷.

Desde a entrada em vigor da nova regulação, discute-se até que ponto os objetivos possivelmente legítimos do legislador se conciliam com a literalidade da norma tipificada. Conforme o § 184i StGB, será punido quem tocar fisicamente outra pessoa de uma forma sexualmente orientada e, por meio disso, assediá-la. Os críticos sustentam que se trata de uma formulação muito ampla: em última instância, pode-se também subsumir a ela um comportamento ambivalente, como uma carícia nos braços, pernas e cabeça. Com isso, afirma-se que ao juiz é deixado um amplo grau de discricionariedade para delimitar a conduta punível⁶⁸.

Além disso, discute-se também se o termo “importunar” descrito no § 184 StGB pode ser compreendido como conceito valorativo ou apenas como um filtro de natureza descritiva no âmbito da tipicidade⁶⁹. Nesse sentido, o elemento da “importunação” é interpretado por parte da doutrina como uma “percepção subjetiva” da vítima⁷⁰, sendo por vezes

Bernd. Nötigung durch sexuelle Belästigung. *Juristische Schulung*, v. 8, 2013, p. 751; LEMBKE, APuZ, v. 8, 2014, Op. cit., p. 40, idem, KJ, v. 49, 2016, Op. cit., p. 7 – segundo Lembke, do ponto de vista da vítima, a violação da “honra de gênero” (“Geschlechtsehre”) é uma designação moralizante inadequada. Além disso, a classificação do assédio e da importunação como injúria ignora o fato de que a autodeterminação sexual é o primeiro e essencial aspecto afetado por tais condutas.

65. ADELMANN, Nina. Die Straflosigkeit des »Busengrapschens«. *Juristische Ausbildung*, v. 31 2009, p. 26; LEMBKE, KJ, v. 49, 2016, Op. cit., p. 11 e s.; SCHAEFER; WOLF, ZRP, v. 34, 2001, Op. cit., p. 28.

66. BT-Drucks 18/9097, p. 29 e s.

67. BT-Drucks 18/9097, p. 30.

68. RENZIKOWSKI, NJW, v. 49, 2016, Op. cit., p. 3557; RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 8.

69. Nesse sentido, o relatório final da comissão de reforma do direito penal sexual, apresentado ao Ministro da Justiça e da proteção do consumidor Heiko Mass, em 19.07.2017. p. 78 e 81. Disponível em: [www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html]. Acesso em: 01.07.2018.

70. Conforme a formulação de HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas. „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe. *Juristen Zeitung*, v. 72, 2017, p. 189 e FISCHER, Thomas. StGB, 65. Aufl. 2018, §184i nm. 7. Argumenta-se de forma semelhante para o § 183 StGB – para isso, LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ROGGENBUCK, Ellen. § 183, 184g. In: JÄHNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODESKY, Walter (Org.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar – Großkommentar*. Bd. 6. 12. Aufl. Berlin: Gruyter, 2009, § 183

compreendido, diversamente, como uma “violação da soberania de decisão (*Entscheidungshoheit*)”⁷¹ da pessoa importunada.

5.2. Estado atual da discussão

a) A visão da doutrina sobre o elemento do tipo “importunar”

Na descrição típica do delito de importunação sexual previsto no § 184 StGB, o termo “importunação” possui uma função central na delimitação da conduta proibida. Isso porque, segundo o texto da lei, somente configura uma importunação punível o toque que “importuna” a vítima. A esse respeito, se desenvolveram duas vertentes distintas a fim de delimitar o sentido desse elemento típico.

A primeira vertente parte da premissa de que uma “importunação” pode ser definida juridicamente apenas com base em elementos descritivos. Tal interpretação fragmenta o comportamento proibido em dois elementos, quais sejam: uma ação (no caso, o contato sexual com outra pessoa) e o resultado dessa ação (i.e.: o estado psicológico da pessoa tocada, que se sente importunada). Semelhante entendimento fica claro nas palavras de Fischer: “o conceito de assédio [descreve] uma perturbação subjetivamente desconfortável do bem-estar, da sensação de autonomia, da tranquilidade (*Ungestörtheit*)”⁷².

O ponto de vista descritivo se mostra problemático na medida em que deixa de reconhecer no texto legislativo a exigência da falta de consentimento da vítima, já que, segundo tal interpretação, o tipo apenas descreve a ação de tocar a vítima e o resultado de um sentimento negativo dela. Assim, quando muito, a “falta de consentimento” poderia ser adicionada ao tipo pela via de uma interpretação sistemática. Ocorre que o requisito do consentimento é absolutamente necessário para a aplicação do delito de importunação sexual, pois, caso contrário, o agente seria punível pelo simples “azar” de ter provocado o desconforto em outra pessoa. Considerada por si só, a provocação de sentimentos desagradáveis é um elemento completamente arbitrário⁷³, que, na condição de acontecimento imprevisível, não deveria ser objeto de penalização.

Por outro lado, semelhante questão não se apresentaria se a expressão “importunar” fosse interpretada normativamente, no sentido de uma desconsideração da autodeterminação sexual da pessoa tocada⁷⁴. Nessa segunda vertente, um assédio sexual é a violação de um direito *atribuído* a uma pessoa e não somente um estado de espírito que pode ser *descrito* a respeito de alguém. Além disso, é questionável até que ponto seria legítimo proteger

nm. 4. No âmbito do direito austríaco, entende-se também o elemento da Belästigung parcialmente como uma “percepção sensorial negativa”. Assim, FOREGGER, Egmont; FABRIZY, Ernst Eugen, *Kurzkommentar zum österreichischen StGB*, 11. Aufl., 2010, § 218 nm. 3.

71. Nesse sentido, a interpretação de RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 9.

72. FISCHER, *StGB*, Op. cit., § 184i nm. 6.

73. HOVEN; WEIGEND, *JZ*, v. 72, 2017, Op. cit., p. 189.

74. De igual modo no direito austríaco, PHILIPP, Thomas. *Kommentar zum StGB*. In: HÖPFEL, Frank; RATZ, Eckart. *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed. Wien: Manzsche, 2012, § 218 nm. 7.

criminalmente o sentimento de uma pessoa em relação a uma experiência sexual qualquer, bem como condicionar uma penalização a tal sentimento⁷⁵. Ademais, somente porque se adota uma definição puramente descritiva do assédio no sentido da provocação de uma sensação desagradável na vítima é que se faz necessário atribuir ao elemento da “importunação” uma função de “filtragem das condutas relevantes”, tal como considera parte da doutrina⁷⁶. Se fosse compreendido normativamente, tal elemento determinaria, desde já, o sentido da conduta penalmente relevante.

b) *A visão da doutrina sobre a natureza sexual do contato físico*

A preocupação da doutrina com um tipo penal que, à primeira vista, parece “aberto” demais, levou a um posicionamento relativamente consolidado no sentido de excluir o aspecto da motivação do agente na definição da natureza sexual do contato proibido pelo § 184i StGB, determinando-o de maneira puramente objetiva. Essa solução, porém, não é pacífica, pois a doutrina e a jurisprudência ocasionalmente levam em consideração a motivação sexual do autor para fins de definição do ato de natureza sexual conforme o disposto no § 184h StGB, seguindo a teoria subjetiva do conceito de ato sexual⁷⁷. Em contraposição ao viés subjetivo, Hörnle conclui, de maneira coerente, que a “importância de um toque não deveria ser avaliada com base na motivação do agente, e sim a partir de uma perspectiva objetiva”⁷⁸. Desta maneira, não se deve cometer o erro de interpretar um contato socialmente habitual como um contato de cunho sexual, apenas porque existe um interesse sexual do agente na pessoa afetada⁷⁹. Tentativas de aproximação “com o objetivo de um contato sexual consentido” ainda não são ações sexualmente importunadoras⁸⁰.

O toque como tal, por conseguinte, deve indicar um caráter sexual. Fica em aberto, contudo, o critério para definir objetivamente o conteúdo sexual de uma conduta. O parâmetro sugerido por Hörnle consiste na diferenciação entre o contato corporal socialmente usual e os toques físicos que pressupõem uma relação íntima entre as pessoas envolvidas⁸¹.

75. No mesmo sentido, NOLTENIUS, Bettina. § 184i. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017, § 184i nm. 6; WEIGEND, ZStW, v. 129, 2017, Op. cit., p. 520.

76. Sobre isso, veja-se o relatório final da comissão de reforma do direito penal sexual (nota 70), p. 81; e HÖRNLE, Tatjana. Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, p. 21.

77. Veja-se FISCHER, StGB, Op. cit., §184h nm. 4a; de igual modo, recentemente, a decisão do BGH em BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidung von 13.03.2018 – 4 StR 570/17. *NJW*, 2018, p. 2655 (2656 e s.).

78. HÖRNLE, *NStZ*, 2017, Op. cit., p. 21. Também nesse sentido, BEZJAK, Garonne, *KJ* 49 (2016), p. 568.

79. Nesse sentido, o relatório final da comissão de reforma do direito penal sexual (nota 70), p. 80, ressalta que “a intenção sexual do autor” não deve ser decisiva, pois de outro modo “toda forma de abordagem física” será abarcada.

80. HÖRNLE, *NStZ*, 2017, Op. cit., p. 21.

81. HÖRNLE, *NStZ*, 2017, Op. cit., p. 21. Também, NOLTENIUS, *Systematischer Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 5.

Todavia, o requisito da usualidade social pode ser um pouco confuso: algumas pessoas aceitam beijos na bochecha somente de seus parceiros sexuais e em algumas outras culturas o beijo é uma forma comum de cumprimento. Mesmo a manipulação do corpo nu é socialmente usual em certos tipos de exames médicos e, conseqüentemente, ocorre fora de relações íntimas.

Por fim, a fronteira entre o toque socialmente usual, ou não sexual, e a importunação sexual, é traçada com base na parte do corpo tocada⁸². Segundo alguns autores, como Hörnle, Fischer, Nolténius, Hoven e Weigend, toques na mão, braço, ombros, perna e pé, um tapa nos glúteos quando cobertos, beijos na bochecha, e um tomar pelos braços não constituem, *a priori*, uma importunação sexual, mesmo quando excitam sexualmente o indivíduo⁸³.

Uma diferenciação semelhante é englobada pelo § 218 Abs. 1a do CP austríaco, segundo o qual será punido aquele “que violar outra pessoa em sua honra, por meio de um toque intensivo de uma parte do corpo associada à esfera sexual”. A vantagem do tipo penal austríaco reside na segurança jurídica, pois a norma dá ensejo à elaboração de um catálogo fechado de certas formas de contato em partes específicas do corpo. Contudo, essa diferenciação não é feita expressamente pelo § 184i StGB⁸⁴. Além disso, é questionável até que ponto esse tipo de interpretação oferece soluções adequadas⁸⁵.

5.3. Reorientando o debate: as contribuições da pesquisa sobre o assédio sexual para a interpretação do § 184i StGB

a) Pessoas, corpos e o “sexual”: por que não se deve restringir a importunação ao toque em certas partes do corpo

Sabe-se que toques são uma forma de comunicação humana e podem ser entendidos como uma solicitação para que se possa ou não possa dar os próximos passos na interação sexual após o flerte⁸⁶. Contudo, os toques também podem comunicar diversas outras coisas, e a localização do toque sobre o corpo é apenas uma dentre várias circunstâncias que determinam o exato conteúdo da comunicação. O que não deve ser

82. Como esclarecem HOVEN; WEIGEND, *JZ*, v. 72, 2017, Op. cit., p. 189: “o toque de partes do corpo que normalmente não possuem conotação sexual (ex. a mão ou as costas) também não são uma importunação sexual, mesmo quando estimularem sexualmente o autor”.

83. Exemplos em: FISCHER, *StGB*, Op. cit., § 184i nm. 5a; HOVEN; WEIGEND, *JZ*, v. 72, 2017, Op. cit., p. 189; HÖRNLE, *NStZ*, 2017, Op. cit., p. 21; NOLTENIUS, *Systematischer Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 5.

84. Nesse sentido, RENZIKOWSKI, *NJW*, v. 69, nr. 49, 2016, Op. cit., p. 3557, que, por esse motivo, vê a punição nos moldes do § 184i StGB como problemática.

85. Para a discussão, LEMBKE, *KJ*, v. 49, 2016, Op. cit., p. 9 e s.

86. Eles pertencem, conseqüentemente, ao processo de “*taking chances*”, como demonstra BRODOWSKI, Dominik. Protecting the right to sexual self-determination: models of regulation and current challenges in european and german sex crime laws. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 16.

comunicado é a desconsideração da soberania de decisão da outra pessoa sobre sua própria sexualidade.

A formulação de uma definição concreta da conotação sexual de um comportamento não é de forma alguma fácil, ainda que o significado no caso concreto possa parecer muito evidente⁸⁷. Por esse motivo não surpreende que a discussão sobre a noção da ação sexual para os fins do § 184h StGB seja caracterizada por uma grande casuística. Entretanto, o que dá sentido ao predicado “sexual” não é definido na literatura por meio do conteúdo, mas sim de forma procedimental por meio da perspectiva do observador objetivo e das condições externas que ele escolhe. Não se define exatamente quais condições são aqui tratadas, sendo elas dependentes do contexto em que se inserem⁸⁸. A doutrina fundamenta a vantagem de critérios objetivos para a definição de ações sexuais com o argumento de que processos internos de uma pessoa não devem ser objeto de penalização⁸⁹. Desse modo, sugere-se excluir⁹⁰ completamente a motivação do autor como critério subjetivo na determinação sobre a conotação sexual da ação ou, ao menos, restringi-la às ações ambivalentes⁹¹.

Levado às últimas consequências, o critério da habitualidade social do tipo de toque faz com que as preferências individuais da pessoa, de cuja sexualidade se fala, não sejam levadas em consideração. Isso não é convincente. Muito embora as condições sociais estruturam a sexualidade individual, estabelecendo como, onde, quando e para quem as tendências sexuais podem ser mostradas e manifestadas⁹², em última análise, a influência social na

87. Quanto mais complexa a questão, maior a tentação a se adotar uma solução “I-know-it-when-I-see-it”, como expressado pelo ministro da Suprema Corte norte-americana Potter Stewart sobre o tema da pornografia. Sobre isso, LEMBKE, Ulrike. Sexualität und Recht: eine Einführung. In: LEMBKE, Ulrike (org.). *Regulierung des Intimen*, 2017, p. 13 e s.

88. Confira LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK, *Leipziger Kommentar*, Op. cit., § 184g nm. 5-8; HÖRNLE, Tatjana. § 184h. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Aufl. München: Beck, 2017. v. 3, § 184h nm. 2-7; WOLTERS, Gereon. § 184h. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017, § 184h nm. 3 e ss.

89. LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK, *Leipziger Kommentar*, Op. cit., § 184g nm. 6; RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. In: Christian Fahl et al. (Org.). *Ein Menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift Für Werner Beulke*. Heidelberg: Müller, 2015, p. 524.

90. WOLTERS, *Systematischer Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 3-5; LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK, *Leipziger Kommentar*, Op. cit., § 184g n. 5-7.

91. EISELE, Jörg. §§ 184h, 184g. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst et al. (Org.). *Kommentar Zum Strafgesetzbuch*. 29. Aufl. München: Beck, 2014, § 184g nm. 9; FROMMEL, Monika. §§ 184h. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.). *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 5. Aufl., 2017, § 184h nm. 1; HÖRNLE, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 4.

92. WREDE, Birgitta. Was ist Sexualität? In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 40. A relação entre fatores biológicos e processos sociais de aprendizado na definição e esclarecimento do comportamento sexual é questionável na teoria sexual – sobre isso, SIGUSCH, Volkmar. *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit – über Sexualforschung und Politik*, 2011, p. 42 ss.

necessidade sexual de um indivíduo é intermediada apenas pelas suas experiências pessoais – sua biografia⁹³. Desta forma, restringir a sexualidade humana a determinadas formas de contato ou ao toque de certas áreas do corpo parece uma compreensão limitada, pois ignora as sexualidades reais e coloca limites ao desenvolvimento individual neste campo⁹⁴.

Além disso, essa classificação corresponde a uma alienação do “Eu” com seu próprio corpo, porque suscita uma representação do corpo como uma ferramenta que pode ser “utilizada” pelo seu “proprietário”, para determinadas finalidades, de maneira adequada e razoável. Sobre isso, Gardner e Shute observam que a separação entre corpo e mente não só representa uma compreensão sobre a personalidade que é distante da vida comum, como também ignora que um abuso sexual deve ser compreendido como o uso de uma pessoa na condição de coisa⁹⁵. É justamente esse uso de uma pessoa como uma “coisa para fins de satisfação de necessidades sexuais”⁹⁶ o comportamento que não deve ocorrer – mesmo que para isso sejam utilizadas as partes mais peculiares do corpo de alguém.

A questão sobre se o toque de alguma parte do corpo de outra pessoa com a intenção de satisfazer-se sexualmente deve ser subsumido ao termo “maneira sexualmente explícita” contém problemas que devem ser separados. O primeiro é a diferença entre critérios gerais-objetivos e individuais-subjetivos para a qualificação de uma determinada ação como ação sexual. O segundo diz respeito ao papel que uma estimulação ou a satisfação sexual pode desempenhar para esse tipo de definição – especialmente em relação à proteção da autodeterminação sexual. O comportamento sexual, ou seja, um contato corporal de natureza sexual, abrange, ao menos no entendimento comum, a totalidade de atos que servem à estimulação ou à satisfação sexual de uma pessoa⁹⁷. Deve-se questionar, porém, se, ao se considerar a intenção da pessoa que busca o contato, a consequência indesejada seria o fato de que não existiriam critérios objetivos com os quais se pudesse auxiliar a definição da natureza sexual de um toque.

Em primeiro lugar, questiona-se a ideia de que existam características externas de um toque que sempre permitam reconhecer o contato corporal como sexual em sua natureza⁹⁸. A manipulação das genitálias, em princípio, não é considerada um ato de natureza sexual

93. Veja WREDE, Op. cit., p. 30-32, 39.

94. Isso permite que se caia facilmente na argumentação da penetração vaginal, que restringe consideravelmente a autodeterminação sexual de grupos não heteronormativos e o reconhecimento das correspondentes variantes de abuso. Quanto a isso, LEMBKE, in: *Regulierung des Intimen*, 2017, Op. cit., p. 13 e s.

95. GARDNER, John; SHUTE, Stephen. In: HORDER (Org.). *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, 2000, p. 203.

96. SICK; RENZIKOWSKI, in: *Festschrift für Schroeder*, Op. cit., p. 606.

97. Sobre isso, LHOMOND, Brigitte. Sexualidade. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009, p. 231.

98. STEIN-HILBERS, Marlene; SOINE, Stefanie; WREDE, Birgitta. Einleitung: Sexualität, Identität und Begehren im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit. In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 10.

quando praticada no âmbito de um exame médico, mas sim se ocorrida no contexto de uma relação sexual subsequente. Como reconhecido no campo da teoria da ação, movimentos corporais idênticos podem ter significados diferentes. A interpretação do movimento corporal como uma ação de determinada natureza exige a inserção do comportamento em um contexto de significados (*Sinnzusammenhang*). E isso só é possível por meio de convenções sociais. A atribuição de sentido a uma ação depende igualmente da interação entre situação, comunicação e interação; e a esse processo pertencem os motivos cogitáveis de alguém se comportar de uma determinada maneira⁹⁹.

A mesma imagem externa de um médico em sua clínica manipulando as genitálias de uma paciente pode ser tanto um exame como um ato de interação sexual. A existência de uma diferença depende, entre outros fatores, do objeto sobre o qual as duas pessoas acordaram. Nesse ponto, trata-se dos respectivos motivos pelos quais a ação possa ser explicada como um todo. Esses motivos podem ser, por exemplo, o cumprimento de um acordo de satisfação sexual mútua¹⁰⁰.

Como qualquer outro comportamento social, determina-se o comportamento sexual com base em convicções ou expectativas sobre como deve ser o comportamento em uma determinada função social. Na famosa teoria dos scripts sexuais, Simon e Gagnon sustentam a tese de que, assim como a existência de um idioma é pressuposto para a fala, o comportamento sexual só é possível a partir de um conjunto preponderante de paradigmas sociais¹⁰¹. Segundo os autores, esses panos de fundo normativos (chamados “cenários culturais”) estabelecem

“[...] os objetos adequados, objetivos e as qualidades desejáveis de um relacionamento entre si e os outros. De igual modo, eles instruem sobre tempos, lugares, sequências de gestos e palavras, bem como, e talvez mais importante, o que os/as agentes e seus/suas companheiros/as (reais ou imaginários) devem sentir.”¹⁰²

A metáfora de um encontro sexual como o estabelecimento conjunto de um “script inter-pessoal” enfatiza o ajuste dos paradigmas aprendidos na situação concreta¹⁰³. Por meio dos

99. Para tanto, KINDHÄUSER, Urs. Der Vorsatz als. Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 96, 1984, p. 8 e s.; KINDHÄUSER, Urs. Zum strafrechtlichen Handlungs begriff. In: KINDHÄUSER, Urs et al. *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 43.

100. Para determinar o caráter sexual de uma ação, a opinião majoritária exige uma análise do “todo” (“Gesamtvorgang”). Defende-se também que não se deve levar em consideração a motivação dos envolvidos. Cf. EISELE, in: *Schönke/Schröder*, Op. cit., § 184g nm. 6.

101. SIMON, William; GAGNON, John. Sexual scripts. *Society*, v. 22, 1984, p. 53; WIEDERMAN, Michael W. Sexual Script Theory: Past, Present, and Future. In: DELAMATER, John; Plante, Rebecca (Org.). *Handbook of the Sociology of Sexualities*. New York: Springer, 2015, p. 7.

102. SIMON, William; GAGNON, John H. Wie funktionieren sexuelle Skripte? In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, 2000, p. 71.

103. SIMON; GAGNON, *Society*, v. 22, 1984, Op. cit., p. 53 e s.

padrões do cenário cultural relevante, os atores iniciam uma ação complexa cuja execução depende reciprocamente de todos os envolvidos¹⁰⁴. Com isso, a roteirização pessoal tem como função facilitar a ocorrência de troca sexual: *scripts* reduzem a insegurança dos atores e legitimam as formas de interação escolhidas entre eles¹⁰⁵. No entanto, em um nível individual intrapsíquico, uma reação sexual dependerá daquele sequenciamento de significados, ações, posturas corporais, objetos e gestos assimilados por uma pessoa¹⁰⁶. Nesse sentido, os chamados “scripts intrapsíquicos” contêm desejos, fantasias, memórias e ensaios mentais, que podem formar estratégias para a execução de scripts interpessoais¹⁰⁷.

Ao tomar como base de explicação esse enfoque, então não se pode compreender a questão sexual independentemente dos papéis assumidos pelos participantes de uma interação e dos objetivos alcançados por meio das formas de comportamento. Concomitantemente, os motivos individuais para o comportamento podem ser definidos somente com auxílio dos paradigmas geralmente existentes¹⁰⁸. Essa visão parece justificar a afirmação de que não há um ato de natureza sexual na situação em que uma mulher permite que seu filho de seis anos ou sua sobrinha de nove anos, em busca do conforto, amamentem-se em seu peito¹⁰⁹. As crianças estão em uma idade na qual ainda não são reconhecidas como atores de uma interação sexual; trata-se de uma linguagem que elas ainda não dominam. Além disso, elas se encontram inseridas em seus laços familiares, onde socialmente não são permitidas e, em princípio, também não são esperadas práticas sexuais. Esses fatores conferem plausibilidade à tese de que o sentimento de segurança foi buscado e alcançado por meio do simbolismo da amamentação. A suposição de que a mulher recorreu ao simbolismo sexual somente poderá ser contraditada se o seu comportamento puder ser interpretado como se ela tivesse aproveitado a oportunidade para satisfazer suas necessidades sexuais.

Apesar dessa compreensão cotidiana do comportamento sexual, pode haver motivos para, em sentido jurídico, definir determinados toques nas genitálias, no ânus e peito como contatos sexuais. Dessa forma, não haveria comportamento sexual quando um ginecologista, por indiferença, deixa de instruir sua paciente e, assim, sem seu consentimento, realiza um exame retal. No entanto, compreender este ato como ação sexual nos termos do § 184h StGB assegura à vítima a soberania de decisão sobre as manipulações de seu corpo que normalmente possuem conotação sexual. Se o médico, de forma velada, força a paciente a um papel sexual, então o ato será considerado, em sentido jurídico, como sexual, de acordo com

104. SIMON; GAGNON, in: *Sexuelle Szenen*, Op. cit., p. 72 e s.

105. SIMON; GAGNON, *Society*, v. 22, 1984, Op. cit., p. 54.

106. SIMON; GAGNON, in: *Sexuelle Szenen*, Op. cit., p. 74, 85.

107. WIEDERMAN, Op. cit., p. 8.

108. Não existem “línguas privadas” no âmbito da sexualidade, pois mesmo as variações das convenções culturais dominantes são geradas a partir destas – sobre isso, SIMON; GAGNON, in: *Sexuelle Szenen*, Op. cit., p. 70. Nesse sentido, as culturas sexuais privadas são traduzíveis, como observa HÖRNLE, Tatjana. Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 112, 2000, p. 372.

109. Sobre esse caso, HÖRNLE, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 3; RENZIKOWSKI, in: *Festschrift für Beulke*, Op. cit., p. 524.

o significado que ele pode ter para a vítima – por exemplo, no caso de um exame praticado sem esclarecimento ou fora dos padrões da *lege artis*¹¹⁰, ou se o médico mantém conversas de cunho sexual ao manipular as genitálias da vítima¹¹¹. A referência sexual é razoavelmente patente em uma penetração anal, pois não há nenhum contexto social – fora as relações sexuais e os tratamentos médicos – em que esse tipo de manipulação ocorra.

No entanto, essa clareza se perde rapidamente em diversas outras formas de contato com características sexuais primárias e secundárias. Assim, faz-se necessária uma análise mais detalhada sobre o contexto em que ocorrem. Nesse sentido, por exemplo, o contato do pênis ou do peito em abraços entre amigos ou entre pais e filhos é insignificante; por outro lado, será relevante se ocorrer na rua com uma pessoa totalmente estranha. Portanto, o significado sexual de um toque dependerá de fatores como a forma do toque, da natureza da relação existente entre as pessoas e da finalidade que se pretende com o ato.

As áreas de toque físico estabelecidas pelas relações sociais variam de acordo com a cultura, o gênero e os vínculos afetivos existentes. Dessa forma, diferenciam-se os contatos comuns para um relacionamento entre mães e filhas daqueles geralmente permitidos entre irmãos e irmãs. Assim, a aceitação de contato corporal em áreas com maior sensibilidade erógena é fortemente limitada¹¹². Nesse sentido, são estabelecidos toques “socialmente habituais”, que normalmente não possuem requisitos rigorosos para um consenso, pois, por um lado, decorrem de razões factuais (para fins de cumprimento, para chamar a atenção, para explicar alguma coisa etc.), e, por outro, o contato ocorre de uma maneira em que a pessoa afetada esteja, tanto quanto possível, protegida de uma estimulação sexual.

Essas nuances também são de conhecimento das pessoas que recorrem ao aspecto *sexual* do comportamento com o único objetivo de hostilizar a vítima. Para esclarecer o significado sexual de sua ação, uma acusada em uma decisão do BGH (Superior Tribunal de Justiça da Alemanha) expressou-se com as seguintes palavras: “E você também quer olhar na minha boceta? Então eu também devo agarrar a sua?”. No caso, ela beliscou dolorosamente uma policial na virilha¹¹³. A declaração da acusada deixou claro que não se tratava apenas de uma mera lesão corporal nas genitálias (o caso, por exemplo, de quando se trata de um local especialmente doloroso ou que possa ser alcançado mais rapidamente para fins de defesa). Por meio dessas palavras foi possível associar nitidamente a dor com o significado sexual simbólico do aperto nas genitálias.

Ainda que o possível significado sexual de um comportamento seja definido objetivamente por meio do cenário cultural dominante, o estabelecimento do significado por meio

110. HÖRNLE, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 4; LAUFHÜTTE; ROGGENBUCK, *Leipziger Kommentar*, Op. cit., § 184g nm. 6; WOLTERS, *Systematischer Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 8.

111. HÖRNLE, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184h nm. 3; RENZIKOWSKI, in: *Festschrift für Beulke*, Op. cit., p. 523.

112. Como demonstra a pesquisa de SUVILEHTO, Julia T. et al. Topography of social touching depends on emotional bonds between humans. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 112, n. 45, 2015, p. 13811 e ss. Sobre isso, RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 9.

113. BUNDESGERICHTSHOF, NJW, 2018, Op. cit., p. 2655 e ss.

do indivíduo, ou seja, a interpretação do comportamento concreto como de natureza sexual, depende da interação entre os atores e os possíveis motivos pelos quais um comportamento ocorre. Nessa decisão do BGH, o recurso à questão sexual pode ser entendido como o emprego de um meio com o fim de humilhação. Sua motivação hostil pode ser esclarecida pelo fato de que a acusada, no momento do ocorrido, estava sendo revistada fisicamente, contra sua vontade, por uma policial que estava por perto.

Atentar-se aos possíveis motivos de uma ação e às interações existentes não é o mesmo que um puro subjetivismo: meras representações ou objetivos a serem futuramente alcançados não devem ser determinantes na aplicação da lei. Se um estranho agarra subitamente uma mulher na rua, a análise sobre essa situação concreta não deveria excluir a questão sobre se esse homem realizou o contato corporal visando à sua estimulação ou satisfação sexual. Aliás, o ponto decisivo para uma penalização não é unicamente a questão sobre o que se sente com um contato corporal ou quais as fantasias sexuais que motivam um homem quando ele – independentemente do local – toca outra pessoa. Trata-se, na verdade, do papel que a pessoa tocada acaba sendo forçada a desempenhar. A pessoa agarrada será certamente forçada a um papel sexual quando ela puder identificar que seu corpo é usado para a excitação sexual de um estranho. Se esse é o caso, depende, por sua vez, da forma como a vítima foi agarrada e de como o autor se comportou – por exemplo, se ele gemeu ou o que ele falou.

A importância de se entender a exploração corporal de uma pessoa para fins de estimulação ou satisfação sexual como parâmetro para a proteção do direito à autodeterminação sexual baseia-se no pressuposto de que a vivência desse acontecimento pertence ao núcleo mais íntimo de uma pessoa, e, nesse sentido, a decisão de materializar a satisfação sexual de uma outra pessoa, ou seja, ser tocado para satisfazer uma necessidade sexual alheia, deve estar sujeita exclusivamente ao poder de decisão de quem for tocado. Ninguém deveria ter de participar, junto e de forma presente, do comportamento sexual de uma outra pessoa.

b) *Consentimento como motivo para os toques sexuais – sobre o significado do termo “importunar”*

O ponto de partida para a interpretação do § 184i StGB é o direito à autodeterminação sexual, ou seja, o direito de “decidir sobre o ‘se’, o ‘quando’ e o ‘como’ de um contato sexual”¹¹⁴. Sob a perspectiva do direito de autodeterminação sexual da vítima, o elemento “importunar” pode ser compreendido em sentido normativo: assim, em lugar de uma definição descritiva do termo “importunação”, como uma perturbação de um estado mental da vítima, pode esse elemento ser considerado como uma violação da soberania de decisão acerca do envolvimento em um contato corporal de natureza sexual. Nessa acepção, “importunar” expressa nada mais do que a falta de um consentimento em relação ao contato sexual¹¹⁵. As condições de um consentimento efetivo não são, contudo, estabelecidas expressamente

114. RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., vor § 174 nm. 8.

115. Sobre isso, supra 4.2.a).

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Tradução: GUILHERME DE TOLEDO GÓES. A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 202. ano 32. p. 17-52. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.
DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719155].

pelo § 184i StGB. Como observa *Renzikowski*, a solução mais lógica para a questão do consentimento no delito de importunação sexual é assumir as mesmas condições para o consentimento que se podem encontrar distribuídas nos demais delitos sexuais¹¹⁶.

Os críticos de uma regulamentação da importunação sexual enxergam dificuldades adicionais em relação às questões de consentimento na diferenciação entre flerte e importunação sexual. Argumenta-se que normalmente não se está em uma posição que permite avaliar se o comportamento é indesejado¹¹⁷. Geralmente, essa argumentação se baseia na ideia de que é tarefa da outra pessoa (e, com isso, normalmente da mulher) “deixar claro” que ela não está de acordo com o comportamento. Segundo tal perspectiva, enquanto ainda houver medidas de defesa disponíveis à pessoa objeto de atenção sexual, não se pode saber se os limites foram ultrapassados¹¹⁸.

A questão sobre a responsabilidade da comunicação torna-se particularmente virulenta nas situações em que o consentimento não precisa ser expressamente pronunciado, podendo também ser emitido de forma implícita. No que diz respeito ao abuso regulado no § 177 StGB, a doutrina alemã sugere que o parceiro sexual tem a obrigação de comunicar sua vontade contrária ao ato sexual, quando lhe for possível e exigível¹¹⁹.

A problemática do consentimento no contexto dos flertes tem levado a um certo ceticismo sobre se é possível traçar as fronteiras neste âmbito de interação humana, caracterizado justamente pela sutileza da comunicação.

Deve-se observar, porém, que ninguém é um mero objeto de um flerte, mas sim um sujeito que participa ativamente da interação. A reciprocidade é constitutiva para o flerte. Na ocasião em que ela não está presente, falta então um motivo justificado para o contato corporal.

Tendo isso em consideração, também são relevantes algumas observações quanto às possibilidades de percepção e de defesa de pessoas adultas. Essas duas questões são objeto de pesquisas empíricas, isto é: por um lado, saber até que ponto as pessoas estão em condições de reconhecer se suas tentativas de aproximação são bem-vindas; e, de outro, em que medida sua própria capacidade de repelir interações indesejadas pode ser realisticamente estimada.

Os resultados encontrados até o momento demonstram que os homens, em especial, têm dificuldades de reconhecer uma ausência de reciprocidade quando possuem um forte interesse sexual na pessoa visada. Em contrapartida, as mulheres raramente opõem-se

116. Para este efeito, RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 184i nm. 9, sugere como orientação os critérios do § 177 StGB.

117. Assim, FISCHER, *StGB*, Op. cit., § 184i nm. 9 e ss.

118. HOLZBECHER; BRASZEIT; MÜLLER; PLOGSTEDT, Op. cit., p. 111-113.

119. RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 177 nm. 4; HÖRNLE, *ZStW*, v. 127, 2015, Op. cit., p. 871. Para a discussão sobre os diversos modelos de regulamentação da atribuição do consentimento, ISFEN, Osman. Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 4, 2015, p. 228 e ss.; HERNING, Lara; ILLGNER, Johannah. „Ja heißt Ja” – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, p. 77-80, 2016, p. 77 e ss.

quando são sexualmente importunadas¹²⁰. Normalmente, o medo de possíveis consequências negativas é mais forte que a indignação que se sente contra o assédio sofrido. A depender de quais outros pontos de referência afetivos estão em jogo, será pouco provável que ocorra um distanciamento da pessoa assediada em relação ao seu assediador. Além disso, deve-se reconhecer que não há um modelo de reação preestabelecido para a vítima de assédio sexual, pois se pode reagir a esses tipos de atos das mais distintas maneiras e por diversos motivos¹²¹.

Se uma pessoa, em uma discoteca, durante um flerte, é tocada de maneira sexualmente indesejada, coloca-se então a pergunta: a quem deverá ser imputável seu silêncio ambivalente ou sua retração? À pessoa que não comunicou de maneira suficientemente clara sua vontade contrária ou àquela que não se atentou o suficiente para reconhecer que a situação como um todo era desagradável?

Schulhofer menciona, com razão, que por trás desta questão está a distribuição de riscos sobre mal-entendidos em interações sexuais, na qual o “gap de gênero” desempenha um papel significante¹²². Se a sistemática da proteção da autodeterminação sexual no StGB for considerada como um ponto de comparação, então o exemplo da discoteca pertence ao contexto em que somente os requisitos mínimos da autonomia devem ser preenchidos para que um consentimento emitido seja considerado como autodeterminado. Por isso, nesses casos não é desproporcional partir do pressuposto de que existe uma obrigação de se expressar, de forma clara, a vontade contrária¹²³. Afinal, não se trata (somente) de uma valoração de um transpasse impróprio de um limite, mas da punição desse comportamento.

Questiona-se, no entanto, se, no contexto de relacionamentos institucionais, como no exemplo de uma relação entre uma secretária e seu chefe, a responsabilidade da comunicação deve ser valorada da mesma maneira. A proteção penal da autodeterminação sexual no § 177 Abs. 2 Nr. 4 e 5 StGB já abrange a proteção da liberdade de decisão quanto à realização de uma ação imposta com auxílio do temor de um grave mal ou, ainda, de sua ameaça¹²⁴. Caso se recorra a esses princípios para um consentimento válido nos termos do § 184i StGB, então o ambiente institucional – como o trabalho, a universidade e as escolas – é importante não só para a interpretação de uma ameaça concludente, como também para a obrigação de manifestação contrária da pessoa que recebe a atenção sexual indesejada¹²⁵.

120. DIEHL; REES; BOHNER, *Aggressive Behavior*, v. 40, 2014, Op. cit., p. 523; DIEHL; REES; BOHNER, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, v. 64, 2014, Op. cit., p. 26.

121. FITZGERALD; SWAN; FISCHER, *Journal of Social Issues*, v. 51, 1995, Op. cit., p. 134.

122. SCHULHOFER, Stephen. *Unwanted sex*, 1998, p. 256-258, 267.

123. Sobre a obrigação de uma expressão clara da vontade em uma comunicação deficiente, HÖRNLE, Tatjana, *ZStW* 127 (2015), p. 870-871.

124. Contudo, discute-se até que ponto o mal em questão deve ser um mal antijurídico. Para isso, HÖRNLE, *ZStW*, v. 127, 2015, Op. cit., p. 883 e s.; WOLTERS, Gereon; NOLTENIUS, Bettina. § 177. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Aufl., 2017, § 177 nm. 40; RENZIKOWSKI, *Münchener Kommentar*, Op. cit., § 177 nm. 90.

125. O estudo de FITZGERALD; SWAN; FISCHER, *Journal of Social Issues*, v. 51, 1995, Op. cit., p. 130 e ss., demonstra a dificuldade dos tribunais norte-americanos de reconhecerem as nuances do

Modificando o exemplo já mencionado, o superior que, durante um flerte recíproco, tem um motivo para assumir que pode arriscar a etapa de um contato físico de natureza sexual, assim pode fazê-lo, caso o histórico entre os dois demonstre uma abertura correspondente e, portanto, justifica a suposição – a ser confirmada – de que a aproximação corresponde à vontade da funcionária. No entanto, cabe a ele nessa hipótese a incumbência de considerar e atentar para a possível reação da funcionária, uma vez que os ambientes de trabalho são ambientes marcados pela dependência pessoal e financeira, o que pode restringir significativamente a liberdade de uma pessoa em manifestar a sua vontade. Assim, quanto mais restrita for a liberdade de rejeitar um contato corporal sem temer consequências negativas, mais prudente deve ser a aproximação com a outra pessoa. Portanto, o espaço para espontaneidade nesses casos é menor.

Desta forma, quando possa haver dúvidas sobre a vontade da outra pessoa em relação ao contato sexual no âmbito institucional, deve sobrevir uma inversão da responsabilidade de comunicação, de modo que subsista ao agente um dever de se certificar de que seu comportamento é desejável. Assim, deve-se rejeitar a exigência de um dever de dizer literalmente “não” para aqueles que, em alguma medida, têm restringida a sua liberdade.

Flertes baseiam-se em reciprocidade. Quando, por exemplo, uma reação negativa sucede a um beijo na mão – ainda que fosse esperada uma reação positiva –, então outros beijos ou carícias, muito provavelmente, também são indesejáveis, e, a partir deste ponto, constituem um fator de estresse para a pessoa tocada, isto é: uma importunação que deve ser omitida. Ela também é de natureza sexual, porque a ação poderia servir à satisfação sexual da pessoa a quem se dirige, o que precisamente deixa de ocorrer quando inexiste uma aceitação do toque recebido.

Certamente, podem surgir erros em relação ao consentimento. Contudo, para os indivíduos que buscam o toque, não são os seus próprios parâmetros de contato que devem ser observados, mas sim os possíveis parâmetros da outra pessoa. O indivíduo que age deve poder indicar motivos que o permitem supor o consentimento da outra pessoa¹²⁶.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na discussão sobre a interpretação e a aplicação do § 184i StGB, falta uma definição clara a respeito do consentimento exigido pela norma, a fim de se verificar em que situações o direito à autodeterminação sexual é afetado por meio de um contato sexual. Nesse sentido, a complexa sistemática dos outros delitos sexuais deixa claro desde logo que essa questão não é nada óbvia. Os pressupostos para o exercício da autodeterminação sexual, que balizam essas normas, podem, contudo, servir de orientação para a interpretação da proibição

constrangimento ao qual as vítimas de assédio e importunação sexual são expostas. No contexto institucional, os autores sugerem que se olhe atentamente para as dinâmicas de poder, antes mesmo da avaliação do comportamento da vítima.

126. Nesse sentido, SCHULHOFER, Op. cit., p. 271. Em sentido totalmente contrário estão os comentários de Fischer acerca de possíveis erros do agente; cf. FISCHER, *StGB*, Op. cit., §184i nm. 8-11.

da importunação sexual do § 184i StGB. Não se pode esquecer que, nesse contexto, o termo “importunação” deve ser interpretado normativamente, uma vez que exprime a ideia da violação de um direito.

Uma pessoa é sexualmente importunada se o seu corpo for sexualmente tocado sem o seu consentimento ou se o toque for por ela tolerado apenas porque, no caso de uma recusa, há uma ameaça de um mal grave.

A perspectiva subjetiva do agente deve ser considerada para a determinação do caráter sexual do toque, se a sua ação instrumentalizar o corpo da vítima para a sua própria excitação ou satisfação sexual. Isso não significa, porém, que as intenções do autor dissociadas da situação devem constituir a definição de “sexual”. Afinal, o ponto central é que a satisfação sexual, em si, já constitui um comportamento de natureza sexual, o qual, para envolver um contato com outra pessoa, exige o consentimento desta. A regulamentação encontrada no § 184i StGB deve ser entendida como uma norma de comportamento que impede a instrumentalização sexual das pessoas, independentemente da região do corpo afetada.

Importunações corporais são especialmente invasivas porque a manipulação do corpo infringe o núcleo de intimidade da pessoa tocada. Por esse motivo, esse comportamento nunca é irrelevante, ainda que a nova regulamentação abarque casos que estejam abaixo do patamar estabelecido pelo § 184h StGB. Pelo contrário, quando comparada a outros delitos, tais como um simples roubo ou uma injúria, sua impunidade é altamente questionável¹²⁷. Nesse sentido, a recusa pelos tribunais de classificar diversas agressões sexuais como suficientemente “relevantes” pode ser explicada pelo alto espectro de pena dos delitos sexuais existentes até o advento do delito de importunação sexual¹²⁸.

O § 184i StGB pode ser precisado à luz destas observações, especialmente no que diz respeito aos casos em que não há um consentimento livre. Afinal, até mesmo uma técnica legislativa que se empenhe em garantir um grande detalhamento não poderia assegurar uma aplicação harmoniosa da lei, pois isso é função originária dos aplicadores do direito.

7. BIBLIOGRAFIA

- ADELMANN, Nina. Die Strafflosigkeit des »Busengrapschens«. *Juristische Ausbildung*, v. 31 2009.
- AGENTUR DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE. Gewalt gegen Frauen: eine EU-weite Erhebung, 2014. Disponível em: [fra.europa.eu/de/publication/2014/gewalt-gegen-frauen-eine-eu-weite-erhebung-ergebnisse-auf-einen-blick]. Acesso em: 01.03.2018.
- ALEMANY, Carmen. Assédio sexual. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009.

127. Nesse sentido, HÖRNLE, Tatjana, *NStZ* 2017, p. 20.

128. LEMBKE, Ulrike, *KJ* 49 (2016), p. 11.

- ANTIDISKRIMINIERUNGSSTELLE DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND. Was tun bei sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?, 2017. Disponível em: [www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Leitfaden_Was_tun_bei_sexueller_Belaestigung.pdf?__blob=publicationFile&v=9]. Acesso em: 01.03.2018.
- BAKER, Carrie N. *The Women's movement against sexual harassment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BEZJAK, Garonne. Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers. *Kritische Justiz*, v. 49, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.
- BOHNER, Gerd; EYSSEL, Friederike; PINA, Afroditi; SIEBLER, Frank; VIKI, G. Tendayi. Rape myth acceptance: cognitive, affective and behavioral effects of beliefs that blame the victim and exonerate the perpetrator. In: BROWN, Jennifer; HORVATH, Miranda. *Rape: Challenging contemporary thinking*. Cullompton: Willan, 2009.
- BRODOWSKI, Dominik. Protecting the right to sexual self-determination: models of regulation and current challenges in european and german sex crime laws. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (Org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017.
- BUNDESGERICHTSHOF. Entscheidung von 13.03.2018 – 4 StR 570/17. *NJW*, 2018.
- BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ. *Abschlussbericht der Reformkommission für Sexualstrafrecht*. Vorgelegt am 19. Juli 2017. Disponível em: [www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html]. Acesso em: 01.06.2018.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND. *Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland – Kurzfassung*, 2004. Disponível em: [www.bmfsfj.de/blob/94200/d0576c5a115baf675b5f75e7ab2d56b0/lebenssituation-sicherheit-und-gesundheit-von-frauen-in-deutschland-data.pdf]. Acesso em: 01.03.2018.
- BUNDESTAG. *BT-Drucksache* 18/9097, 06.07.2016.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O crime de importunação sexual: resposta adequada ao assédio sexual de rua? *Boletim do IBCCRIM*, v. 26, 2018.
- CAMPBELL, John L. Ideas, Politics, and Public Policy. *Annual Review of Sociology*, v. 28, 2002.
- CASTRO, Ana Rubio. Aspectos jurídico-conceptuales: significado de acoso en el Derecho. Ambigüedades en la normativa y en la conceptualización del acoso e influencia de la doctrina jurisprudencial en su interpretación. In: VALLEJO, Pilar Rivas et al. (Org.). *Tratamiento integral del acoso*. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.
- DE LUCA, JAVIER; LÓPEZ CASARIEGO, Julio. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- DIEHL, Charlotte; GLASER, Tina; BOHNER, Gerd. Face the Consequences: Learning About Victim's Suffering Reduces Sexual Harassment Myth Acceptance and Men's Likelihood to Sexually Harass. *Aggressive Behavior*, v. 40, p. 489-503, 2014.
- DIEHL, Charlotte; REES, Jonas; BOHNER, Gerd. Die Sexismus-Debatte im Spiegel wissenschaftlicher Erkenntnisse. *Aus Politik und Zeitgeschichte*, v. 64, p. 22-28, 2014.

- DIEHL, Charlotte; REES, Jonas; BOHNER, Gerd. Flirting with disaster: short-term mating orientation and hostile sexism predict different types of sexual harassment. *Aggressive Behavior*, v. 38, p. 521-531, 2012.
- EISELE, Jörg. §§ 184h, 184g. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst et al. (Org.). *Kommentar Zum Strafgesetzbuch*. 29. Aufl. München: Beck, 2014.
- EUROPEAN COMMISSION. *Sexual Harassment in the Workplace in the European Union*, 1998. Disponível em: [www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/shworkpl.pdf]. Acesso em: 01.03.2018.
- FISCHER, Thomas. *StGB*, 65. Aufl. München: Beck, 2018.
- FITZGERALD, Louise; SWAN, Suzanne; FISCHER, Karla. Why Didn't She Just Report Him? The Psychological and Legal Implications of Women's Responses to Sexual Harassment. *Journal of Social Issues*, v. 51, pp. 117-138, 1995.
- FOREGGER, Egmont; FABRIZY, Ernst Eugen. *Kurzkomentar zum österreichischen StGB*. 11. Aufl. Wien: Beck, 2010.
- FROMMEL, Monika. §§ 184h. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.). *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- GARDNER, John; SHUTE, Stephen. The Wrongness of Rape. In: J. HORDER (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: OUP, 2000.
- GELFAND, Michele J.; FITZGERALD, Louise F.; DRASGOW, Fritz. The structure of sexual harassment: A confirmatory analysis across cultures and settings. *Vocational Behavior* 47, 1995.
- GONZALES, Elpidio. *Acoso sexual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- HECKER, Bernd. Nötigung durch sexuelle Belästigung. *Juristische Schulung*, v. 8, 2013.
- HERNING, Lara; ILLGNER, Johannah. „Ja heißt Ja” – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, p. 77-80, 2016.
- HILGENDORF, Eric. § 185. In: JÄHNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODESKY, Walter (Org.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar – Großkommentar*. Bd. 6. 12. Aufl. Berlin: Gruyter, 2009.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Die Masken der Niedertracht: Seelische Gewalt im Alltag und wie man sich dagegen wehren kann*. München: DTV, 2011.
- HOLZBECHER, Monika; BRASZEIT, Anne; MÜLLER, Ursula; PLOGSTEDT, Sibylle. *Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz*. Köln: Kohlhammer, 1997.
- HÖRNLE, Tatjana. § 184h. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Aufl. München: Beck, 2017. v. 3.
- HÖRNLE, Tatjana. Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017.
- HÖRNLE, Tatjana. Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 112, 2000.
- HÖRNLE, Tatjana. Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 127, 2015.
- HOVEN, Elisa. Der Einfluss der Medienberichterstattung auf die Reform des Sexualstrafrechts: eine Analyse der Diskursstrategien digitaler Medien. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 100, 2017.
- HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas. „Nein heißt Nein” – und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe. *Juristen Zeitung*, v. 72, 2017.

- ISFEN, Osman. Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 4, 2015.
- KEYTON, Joana; RHODES, Stephen C. Sexual harassment: A matter of individual ethics, legal definitions, or organizational policy? *Journal of Business Ethics*, v. 16, p. 129-146, 1997.
- KINDHÄUSER, Urs. Der Vorsatz als. Zurechnungskriterium. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 96, 1984.
- KINDHÄUSER, Urs. Hechos brutos y elementos normativos del tipo. In *Dret*, 2014.
- KINDHÄUSER, Urs. Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff. In: KINDHÄUSER, Urs et al. *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2011.
- KUMMER, Kathrin. *Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht*. Bern: Haupt, 2002.
- LANDTAG NORDREIHN WESTFALEN. *Schlussberichts des Parlamentarischen Untersuchungsausschusses IV vom 23.3.2017*, Landtag NRW-Drs. 16/14450.
- LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ROGGENBUCK, Ellen. § 183, 184g. In: JÄHNKE, Burkhard; LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; ODESKY, Walter (Org.). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar – Großkommentar*. Bd. 6. 12. Aufl. Berlin: Gruyter, 2009.
- LEMBKE, Ulrike. Sexualität und Recht: eine Einführung. In: LEMBKE, Ulrike (org.). *Regulierung des Intimen*. Köln: Springer, 2017.
- LEMBKE, Ulrike. Sexuelle Belästigung: Recht und Rechtsprechung. *Aus Politik und Zeitgeschichte – ApuZ*, v. 8, 2014.
- LEMBKE, Ulrike. Sexuelle Übergriffe im öffentlichen Raum Rechtslage und Reformbedarf. *Kritische Justiz*, v. 49, 2016.
- LHOMOND, Brigitte. Sexualidade. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Unesp, 2009.
- MACKINNON, Catharine. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- MACKINNON, Catharine. *Sexual harassment of working women*. New Haven: Yale, 1979.
- MORRAL, Andrew R. et al. *Sexual Assault and Sexual Harassment in the U.S. Military*, Estimates for Department of Defense Service Members from the 2014 RAND Military Workplace Study. Santa Monica: RAND Corporation, 2015. v. 2.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal – Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- NOLTENIUS, Bettina. § 184i. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION. *Sexual and gender-based harassment: know your rights*, 2011. Disponível em: [www.ohrc.on.ca/sites/default/files/Sexual%20and%20gender%20based%20harassment_know%20your%20rights_English_accessible.pdf]. Acesso em: 01.03.2018.
- PHILIPP, Thomas. § 218. In: HÖPFEL, Frank; RATZ, Eckart. *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed. Wien: Manzschke, 2012.
- PUPPE, Ingeborg. *Kleine Schule des juristischen Denkens*. 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2011.

- RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. In: Christian Fahl et al. (Org.). *Ein Menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe* – Festschrift Für Werner Beulke. Heidelberg: Müller, 2015.
- RENZIKOWSKI, Joachim. Nein!: Das neue Sexualstrafrecht. *NJW*, v. 69, nr. 49, 2016.
- RENZIKOWSKI, Joachim. Vor § 174, § 177. In: ERB, Volker; SCHÄFER, Jürgen (Hrsg.). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Aufl. München: Beck, 2017. v. 3.
- RUSSELL, Brenda L.; OSWALD, Debra. When Sexism Cuts Both Ways: Predictors of Tolerance of Sexual Harassment of Men. *Men and Masculinities*, v. 19, p. 524-544, 2016.
- SAGUY, Abigail Cope. *What is sexual harassment? from Capitol Hill to the Sorbonne*. Berkeley: University of California Press, 2003.
- SCHAEFER, Peer; WOLF, Jens. Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung – regelungsbedürftig oder politisch gewollt? *Zeitschrift für Rechtspolitik*, v. 34, 2001.
- SCHNEIDER, Kimberly T.; SWAN, Suzanne; FITZGERALD, Louise F. Job-related and psychological effects of sexual harassment in the workplace: empirical evidence from two organizations. *Journal of applied Psychology*, v. 82, n. 3, 1997.
- SCHULHOFER, Stephen. *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Einführung in das Strafrechtliche Systemdenken. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Org.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin: W de G, 1984.
- SENATE JUDICIARY COMMITTEE OF THE UNITED STATES. *First session on the nomination of judge Clarence Thomas to be associate justice of the Supreme Court of the United States*, Outubro 11, 12, e 13, 1991, part 4, Washington, 1993. Disponível em: [www.loc.gov/law/find/court-confirmed.php]. Acesso em: 01.07.2018.
- SICK, Brigitte. Die Rechtsprechung zur Sexualbeleidigung: oder: Wann sexuelle Gewalt die Frauenehre verletzt. *Juristen Zeitung*, v. 46, n. 7, p. 330-335, 1991.
- SICK, Brigitte. Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 103, 1991.
- SICK, Brigitte; RENZIKOWSKI, Joachim. Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. In: HOYER, Andres et al. (Org.). *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos, 2006.
- SIEGEL, Reva B. A Short History of Sexual Harassment. In: MACKINNON, Catharine; SIEGEL, Reva (Org.). *Directions in Sexual Harassment Law*. New Haven: Yale University Press, 2004.
- SIGUSCH, Volkmar. *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit – über Sexualforschung und Politik*. Frankfurt: Campus, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes Sexuais – bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SIMON, William; GAGNON, John H. Wie funktionieren sexuelle Skripte? In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.
- SIMON, William; GAGNON, John. Sexual scripts. *Society*, v. 22, 1984.
- STEIN-HILBERS, Marlene; SOINE, Stefanie; WREDE, Birgitta. Einleitung: Sexualität, Identität und Begehren im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit. In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.

- SUVILEHTO, Julia T. et al. Topography of social touching depends on emotional bonds between humans. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 112, n. 45, 2015.
- THE NEW YORK TIMES. *Lupita Nyong'o: Speaking Out About Harvey Weinstein*. By Lupita Nyong'o OCT. 19, 2017. Disponível em: [www.nytimes.com/2017/10/19/opinion/lupita-nyong'o-harvey-weinstein.html]. Acesso em: 15.02.2018.
- THE NEW YORK TIMES. *The Thomas nomination*. Published: October 8, 1999, By Tamar Lewin. Disponível em: [www.nytimes.com/1991/10/08/us/the-thomas-nomination-law-on-sex-harassment-is-recent-and-evolving.html]. Acesso em: 15.02.2018.
- TRECHSEL, Jean-Richard; BERTOSSA, Carlo. Arts. 1 in: 87, 198. In: TRECHSEL, Jean-Richard; PIETH, Mark. (Org.). *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*. 2. Aufl. Zürich: Dike, 2013.
- US MERIT SYSTEMS PROTECTION BOARD. *Sexual Harassment in the Federal Government: Trends, Progress, Continuing Challenges*. Washington, DC: US Merit Systems Protection Board, 1995.
- WALDO, Craig R.; BERDAHL, Jennifer L.; FITZGERALD, Louise F. Are men sexually harassed? If so, by whom? *Law and Human Behavior*, v. 22, 1998.
- WEIGEND, Thomas. Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 129, 2017.
- WIEDERMAN, Michael W. Sexual Script Theory: Past, Present, and Future. In: DELAMATER, John; Plante, Rebecca (Org.). *Handbook of the Sociology of Sexualities*. New York: Springer, 2015.
- WOLTERS, Gereon. § 184h. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- WOLTERS, Gereon; NOLTENIUS, Bettina. § 177. In: RUDOLPHI, Hans-Joachim (Hrsg.). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- WREDE, Birgitta. Was ist Sexualität? In: SCHMERL, Christiane et al. (Org.). *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*. Opladen: Leske und Budrich, 2000.
- ZACZYK, Reiner. § 185. In: KINDHÄUSER, Urs et al. (Org.). *Nomos Kommentar zum StGB*, Bd. 2, 5. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- ZEITMAGAZIN NR. 27/2016. *Was geschah wirklich?* Von Mohamed Amjahid, Christian Fuchs, Vanessa Guinan-Bank, Anne Kunze, Stephan Lebert, Sebastian Mondial, Daniel Müller, Yassin Musharbash, Martin Nejezchleba Und Samuel Rieth. 28. Juni 2016. Disponível em: [www.zeit.de/zeit-magazin/2016/27/silvesternacht-koeln-fluechtlingsdebatte-aufklaerung]. Acesso em: 15.02.2018.
- ZIPPEL, Kathrin. *The Politics of Sexual Harassment – A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Internacional

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- O conceito de ato sexual ou libidinoso nos crimes sexuais, de Beatriz Corrêa Camargo e Joachim Renzikowski – *RBCCrim* 183/273-311.

ESTUPRO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA? UM PRETEXTO PARA EXPLORAR A DIFERENÇA ENTRE SER GARANTIDOR E SER PENALMENTE RESPONSÁVEL

RAPE BY IMPROPER OMISSION? EXPLORING THE DIFFERENCE BETWEEN BEING A GUARANTOR AND BEING CRIMINALLY LIABLE

FELIPE LONGOBARDI CAMPANA

Doutorando e mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Penal a pós-graduação lato sensu da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Lattes: [lattes.cnpq.br/2359666337987383].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-8981-1747].
fcampana93@gmail.com

HELOISA ESTELLITA

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.
Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6516595843549222].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-5054-4116].
Heloisa.estellita@fgv.br

JOANA SIQUEIRA

Mestre em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.
Lattes: [lattes.cnpq.br/8846962817809330].
ORCID: [orcid.org/0009-0004-8693-189X].
joana.siqueira@madrugacom

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

Autores convidados

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A partir da verificação dos pressupostos de responsabilidade penal por omissão imprópria em um caso concreto, no qual um indivíduo foi

ABSTRACT: This article presents and analyzes the problem of *omissio libera in causa* in the context of the criminal liability for improper omission.

acusado pelo crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria, o artigo apresenta e analisa a problemática da *omissio libera in causa*; como ela se insere na dogmática da omissão imprópria e quais seus problemas. Ao final, os autores apresentam possível argumentação para solucionar a problemática e demonstram que esse não é um problema isolado do caso concreto escolhido, mas um problema comum nas acusações por omissão imprópria.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão imprópria – *Omissio libera in causa* – Estupro de vulnerável.

The case involves an individual accused of rape of a vulnerable person by improper omission. The article explores how *omissio libera in causa* fits into the dogmatic of improper omission and examines its challenges. The authors propose solutions to address the issue and emphasize that this problem is not unique to the specific case at hand, but rather a common occurrence in accusations by improper omission.

KEYWORDS: Improper omission – *Omissio libera in causa* – Rape of a vulnerable person.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O caso. 3. Análise da responsabilidade penal por omissão imprópria do motorista. a. Resultado lesivo. b. Posição de garantidor. c. Não realização da ação de salvamento apesar da possibilidade física de fazê-lo. 4. Aprofundamento. a. *Omissio libera in causa*?. b. Ingerência?. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 2023, a imprensa noticiou que um motorista de aplicativo foi denunciado pelo crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria (art. 13, § 2º, c.c. art. 217-A, § 1º, do Código Penal)¹. O motorista teria retirado de seu veículo passageira inconsciente, deixando-a desacordada na rua, no endereço de destino. A passageira foi estuprada por um indivíduo que passava pelo local, após a saída do motorista. Sob a perspectiva do órgão de acusação, o motorista seria responsável pelo estupro sofrido pela passageira. Considerando apenas e tão somente as informações divulgadas publicamente, será que a conduta praticada pelo motorista de aplicativo preencheria, em tese, os pressupostos objetivos previstos na legislação penal para que se possa acusá-lo pelo crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria?

Com a resposta a essa questão, pretendemos, sobretudo, destacar a importância da discussão acerca dos pressupostos para responsabilização por omissão imprópria e oferecer uma colaboração para a análise de casos similares.

2. O CASO

Conforme noticiado, no dia 30 de julho de 2023, por volta das 2h45, após um show em Belo Horizonte, um amigo chamou um veículo do aplicativo Uber pelo celular da vítima,

1. Disponível em [g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/08/23/envolvidos-em-estupro-de-jovem-apos-show-sao-denunciados-a-justica-por-estupro-de-vulneravel-e-omissao-de-socorro.ghml]. Acesso em: 28.12.2023.

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria?

Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 53-67. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

com quem estava e que havia ingerido grande quantidade de bebida alcoólica. O amigo colocou a vítima desacompanhada no carro do motorista de aplicativo de transporte. Na ocasião, o amigo teria ligado para o irmão da vítima, relatando o ocorrido, a fim de que ele aguardasse a chegada dela na residência. Aproximadamente 15 minutos depois, o motorista chegou ao destino apontado no aplicativo e desceu do veículo. Uma vez que a vítima estava desacordada, ele tentou fazer contato com o irmão dela pelo interfone do edifício, mas não foi atendido. Diante da impossibilidade de contatar alguém que morasse com ela e com auxílio de um transeunte, o motorista retirou-a inconsciente do veículo, deixou-a na calçada e, pouco depois, foi embora². Minutos depois, um homem passou na rua, viu a vítima desacordada, colocou-a em seus ombros e levou-a para um campo próximo, onde a teria estuprado³.

Diante desses fatos, pergunta-se: por ter deixado a vítima, passageira inconsciente para quem prestava serviço, sentada na rua, às 3h, e ter ido embora, sendo que, posteriormente, ela foi estuprada por um homem, o motorista pode ter cometido o crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria (art. 217-A, § 1º, c.c. art. 13, § 2º, CP)?

3. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO IMPRÓPRIA DO MOTORISTA

A responsabilidade penal por omissão caracteriza-se, basicamente, pelo fato de um indivíduo não intervir com uma ação concreta e determinada em uma situação de perigo, quando deveria e poderia agir para evitar um resultado típico.

Em alguns casos, quando o indivíduo ocupa posição de garantidor nos termos do art. 13, § 2º, do CP, a não intervenção poderá ensejar sua responsabilização penal pelo próprio resultado lesivo, como se o tivesse causado ativamente. Estas são as situações denominadas de *omissão imprópria* e seus pressupostos são: (i) o resultado lesivo; (ii) a posição de garantidor; (iii) a não realização da ação de salvamento, apesar da possibilidade física de fazê-lo; e (iv) a causalidade e a imputação do resultado⁴. Assim, para que se possa responsabilizar o motorista pelo estupro de vulnerável por omissão imprópria, é preciso que todos esses pressupostos sejam atendidos. Vejamos cada um deles brevemente.

2. Para o vídeo com a dinâmica dos fatos, cf.: [g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/08/23/envolvidos-em-estupro-de-jovem-apos-show-sao-denunciados-a-justica-por-estupro-de-vulneravel-e-omissao-de-socorro.ghtml]. Acesso em: 28.12.2023.

3. Para a linha do tempo dos acontecimentos, cf.: [www.itatiaia.com.br/editorias/cidades/2023/08/26/veja-quais-foram-os-argumentos-usados-pelo-mpmg-para-denunciar-motorista-de-app-motociclista-amigo-e-abusador]. Acesso em: 28.12.2023.

4. Sobre a organização dos pressupostos de responsabilidade penal por omissão imprópria e seu conteúdo, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 79, 235 e ss.

a. *Resultado lesivo*

O resultado sempre dependerá de qual tipo penal se está analisando. Aqui trata-se do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do CP), razão pela qual o resultado é a realização da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Diante do que foi noticiado, esse resultado efetivamente aconteceu, pois o homem realizou atos sexuais com a vítima, que estava inconsciente e não podia oferecer resistência. Portanto, o resultado lesivo está configurado.

b. *Posição de garantidor*

A posição de garantidor nada mais é do que um dever qualificado de intervir para evitar que o resultado lesivo ocorra. O Código Penal brasileiro elencou as hipóteses em que esse dever qualificado está presente (art. 13, § 2º, do CP): a) quando o indivíduo tiver, *por lei*, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) quando, *de outra forma*, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) quando, *com seu comportamento anterior*, criou o risco de ocorrência do resultado.

A simples existência de alguma fonte formal, como a lei ou o contrato, não é suficiente para impor esse dever qualificado⁵. É preciso, ademais, que exista um fundamento material que justifique a imposição do dever qualificado ao indivíduo, cuja consequência será igualar sua não intervenção à comissão do delito⁶. O debate sobre qual seria esse fundamento é antigo e ainda não foi encerrado, tendo sido apresentadas diversas posições⁷. No entanto, é possível afirmar que é preciso que o indivíduo tenha assumido fática e materialmente uma especial e forte relação com o bem jurídico em questão e/ou com a fonte de perigo⁸.

5. Nesse sentido, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal...* Op. cit., p. 79-88.

6. Nesse sentido, afirma Schünemann: “nos delitos de omissão imprópria trata-se de uma equiparação à realização do tipo na forma comissiva (ou seja, de uma ação típica em sentido amplo e de uma forma de autoria)” (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alair Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 163).

7. Existem diferentes teorias que procuram fundamentar materialmente esse dever qualificado. Adotando a teoria do domínio sobre o fundamento do resultado com considerações normativas, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal...* Op. cit., p. 94-95; e SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 79. Adotando a teoria normativa dos riscos próprios e alheios, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 111-121. Adotando a teoria da assunção da posição de barreira de contenção de determinados riscos contra certos bens jurídicos, cf. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 70-79.

8. Mesmo autores como Luz e Noll, que fundamentam a posição de garantidor em uma versão moderada da teoria das fontes formais, não abrem mão de um componente fático, material, como pressuposto necessário para o surgimento do dever de garante: LUZ, Ilana Martins. *Compliance e omissão imprópria*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 214-215, e NOLL, Mathias. *Grenzen der Delegation von*

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria?

Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 53-67. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

Na primeira situação, estará em posição de garantidor de *proteção* do bem jurídico desamparado, cabendo-lhe evitar que o bem jurídico seja lesionado ou colocado em perigo. Na segunda, estará em posição de garantidor de *vigilância* sobre fonte de perigo, cabendo-lhe evitar que dessa fonte – pessoa ou uma coisa – advenham lesões ou perigos para terceiros⁹. A verificação da posição de garantidor depende, portanto, dos contornos do caso concreto para analisar se o agente assumiu, efetivamente, essa forte relação com o bem jurídico ou com a fonte de perigo.

No caso analisado, é insuficiente utilizar o contrato de prestação de serviços entre o motorista e a vítima ou políticas de segurança da empresa para a qual ele prestava serviços para afirmar que tinha um dever qualificado de garantidor de *proteção* em relação a bens jurídicos dela. Isso porque, conforme a crítica já mencionada, uma fonte civil, como um contrato, não pode fundamentar a grave consequência, de natureza penal, de equiparar a responsabilidade omissiva por não intervir na situação concreta de perigo com a comissiva pelo resultado de estupro¹⁰. Ademais, não há qualquer lei que imponha ao motorista deveres de proteção da integridade física e da liberdade sexual de seus passageiros contra ataques de terceiros, razão que afasta a incidência da alínea *a* do art. 13, § 2º, do CP.

Para que possamos seguir na análise dos demais fundamentos da posição de garantidor, suporemos certas circunstâncias fáticas cuja ocorrência desconhecemos em virtude do sigilo dos autos. Suponhamos que a vítima estivesse inconsciente quando foi colocada por seu amigo no automóvel. Imaginemos ainda que o amigo tivesse assegurado ao motorista que o irmão dela estava ciente da situação e a aguardava no local de destino. Imaginemos, por fim, que o motorista tivesse assegurado ao amigo que deixaria a vítima no local de destino, entregando-a aos cuidados de seu irmão.

Considerando esse cenário, ou seja, que o motorista tinha em seu veículo uma passageira inconsciente, que lhe fora confiada para que levasse até determinado local, onde deveria deixá-la sob cuidados de pessoa específica, seria possível argumentar que o motorista teria assumido a posição de *garantidor de proteção* de alguns bens jurídicos da passageira – integridade física, vida e liberdade sexual –, contra ataques de terceiros (art. 13, § 2º, *b*, CP). Isso porque, ao aceitar conduzir a passageira inconsciente e deixá-la em sua casa sob os cuidados de seu irmão, o motorista não só prestaria um serviço de transporte, mas assumiria o dever de funcionar como barreira de contenção de determinados ataques contra bens jurídicos¹¹

Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018. p. 167-168.

9. Partindo dessa separação, Schünemann parte do seu critério de domínio sobre o fundamento do resultado para afirmar que esse “decompõe-se no domínio sobre o desamparo de um bem jurídico... e o domínio sobre uma causa essencial do resultado” (SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição... Op. cit., p. 171).

10. Sobre essa crítica, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição... Op. cit., p. 166.

11. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión*. Concepto y sistema. 2. ed. atual. Barcelona: B de F, 2003. p. 462-466. Essa posição de barreira de contenção se verifica com a manifestação de dois fenômenos normativos: (i) fenômeno da confiança: terceiros, inclusive o titular do bem jurídico,

e/ou passaria a possuir o domínio sobre o desamparo da vítima¹². Nesse cenário, “B” tinha posição de garantidor de proteção por assunção (art. 13, § 2º, b, do CP).

c. *Não realização da ação de salvamento apesar da possibilidade física de fazê-lo*

Atendido o pressuposto da existência de uma posição de garante, é preciso verificar se “B” deixou de realizar a ação concreta de salvamento, apesar da capacidade físico-real de fazê-lo. Essa ação nada mais é do que o comportamento idôneo e possível para evitar um resultado diante de uma situação concreta de perigo¹³. Para defini-la, é preciso identificar qual é a *situação de perigo*, ou seja, aquela situação em que, no momento da conduta do agente (*ex ante*¹⁴), já há curso causal *em andamento* que poderá gerar o resultado lesivo, mas que ainda pode ser impedido por meio da prática de uma conduta¹⁵.

No caso, a conduta que se está analisando é a de colocação da passageira inconsciente sentada na rua, às 3h, e seu posterior abandono. No momento em que o motorista deixou a vítima desacordada no local de destino, não havia risco concreto de estupro. Havia, tão somente, riscos normalmente associados a ficar na rua inconsciente às 3h da manhã, como riscos patrimoniais (furto dos bens que carregava consigo); riscos para a integridade física provenientes do estado de embriaguez em que se encontrava (a vítima se machucar)¹⁶. Esses riscos indicam que não se está diante de situação de perigo *de estupro*, pressuposta para que se possa exigir uma ação concreta de salvamento ao garante. Disso decorre que não se está diante de uma responsabilidade penal de estupro de vulnerável por omissão imprópria por parte do motorista, pois, quando abandonou o local, não havia *situação de perigo concreto de ocorrência do estupro*.

confiam que esse indivíduo atuará diante da presença de alguns riscos a determinados bens jurídicos e (ii) fenômeno do abandono: terceiros, potencialmente protetores desse bem jurídico, abandonam seu posto diante da presença desse indivíduo. No caso, dado o cenário hipotético, esses fenômenos ocorreram, pois terceiros, entre os quais o amigo e o irmão, confiaram que o motorista atuaria diante da presença de riscos a bens jurídicos da vítima e ambos, apesar de potencialmente protetores desses bens, abandonaram essa proteção, exatamente para o motorista.

12. SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 283-288.
13. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 86-91.
14. Sobre a perspectiva *ex ante* como aquela que deve ser adotada para delimitar a situação de perigo, cf. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 68.
15. ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade...* Op. cit., p. 236-240; e CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 65-70.
16. O portal da Rádio Itatiaia divulgou trecho da denúncia que faz referência ao fato de que o local em que a vítima foi deixada era “de alta periculosidade, sendo a poucos metros da comunidade Pedreira Prado Lopes e do Bairro Lagoinha, em que há alta concentração de usuários de entorpecentes”, e que “cabe ressaltar, de forma pública e notória, os altos índices de violência sexual que assolam o País” (disponível em: [www.itatiaia.com.br/editorias/cidades/2023/08/26/veja-quais-foram-os-argumentos-usados-pelo-mpmg-para-denunciar-motorista-de-app-motociclista-amigo-e-abusador]). Esses elementos parecem reforçar que não havia situação de perigo concreta, mas perigos genéricos, incapazes de ativar o dever concreto de agir do garantidor.

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria?

Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 53-67. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

Essa conclusão é reforçada pelo denominado “argumento da tentativa”. Caso se admita que o motorista é responsável pelo crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria por ter abandonado a vítima inconsciente, necessariamente se admitirá também que, no momento em que deixou o local, criando a própria impossibilidade física de agir, o motorista iniciou a tentativa de estupro de vulnerável por omissão – e isso antes mesmo de o agente do estupro ter avistado a vítima – e a tentativa de diversos outros crimes dos quais a mulher poderia ter sido vítima¹⁷.

4. APROFUNDAMENTO

a. Omissio libera in causa?

O leitor ou a leitora mais atenta, após se deparar com a conclusão anterior, pode pensar: “Ora, mas a situação de perigo efetivamente se configurou em momento posterior: quando o homem avista a vítima, quando dela se aproxima ou mesmo quando a coloca em seus ombros!”

E teria toda razão. Realmente, nesses momentos – e aqui não importa exatamente precisar em qual deles há efetivamente a situação de perigo – já havia curso causal em andamento que, de forma autônoma, poderia gerar o resultado lesivo, ainda que pudesse ser impedido por uma conduta ativa. Ou seja, havia a possibilidade de que a vítima fosse estuprada, mas ainda era possível evitar esse resultado por meio de uma conduta ativa.

O problema é que, quando teve início a situação concreta de perigo, o motorista já não estava no local, de modo que já não tinha possibilidade física de agir e nem de tomar conhecimento de que uma situação de perigo estava em curso (não sabia que um homem se aproximava da vítima ou a carregava nos ombros). Portanto, quando a situação de perigo surgiu, o motorista não a conhecia e lhe era fisicamente impossível agir. Daí a impossibilidade de lhe responsabilizar por uma omissão¹⁸.

Argumenta-se que essa solução é injusta, afinal, a impossibilidade física e/ou o desconhecimento somente aconteceram porque, anteriormente, o próprio motorista deixou

17. Sobre o início da tentativa nos crimes omissivos impróprios, cf. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 176-235. Cf. também: GÓES, Guilherme; SANTIN, Janice. A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 13, n. 1, p. 86-108, 2023; e RÖNNAU, Thomas. O início da tentativa na coautoria, na autoria mediata e nos delitos omissivos impróprios. Trad. Paula Brener. In: RÖNNAU, Thomas. *Lições fundamentais da teoria do delito*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 310-311.

18. Tratando desses dois momentos, Silva Sánchez esclarece: “uma primeira análise superficial mostra que o sujeito que se encontra sob a mencionada incapacidade não omite o tipicamente indicado, por falta de possibilidade de fazê-lo [no caso em questão, no momento em que o homem se aproxima da vítima]; porém tampouco parece incontestável a apreciação de uma omissão no momento em que o indivíduo provoca sua incapacidade de realizar a ação devida [no caso em questão, quando o motorista deixa a vítima na rua às 3h da manhã e vai embora]” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 329).

a vítima na rua e foi embora, ou seja, aconteceram por conta de um agir prévio do próprio agente. Essa problemática é discutida, atualmente, no âmbito da *omissio libera in causa*¹⁹, que abarca situações nas quais, em um primeiro momento, em que não há situação de perigo, o garante atua de forma que, no futuro, quando estiver presente tal situação, não terá possibilidade física de agir ou não terá como adquirir o necessário conhecimento²⁰. Esse grupo de casos exige fundamentação mais “forte” e específica para que se possa atribuir ao omitente a responsabilidade pelo resultado, pois no primeiro momento não há omissão do garantidor – no caso analisado, quando o motorista deixou a vítima na rua desacordada – e, no segundo, a não intervenção acontece em virtude de impossibilidade física ou de desconhecimento.

Uma primeira posição (*modelo da tipicidade/antecipação*) fundamenta a responsabilidade com base na conduta praticada no primeiro momento (“*actio praecedens*”): o agente que age de forma a impossibilitar sua intervenção ou seu conhecimento em um momento posterior, quando surge a situação de perigo, já está praticando conduta penalmente proibida e típica²¹⁻²². A segunda posição (*modelo da exceção*), por seu turno, utiliza a segunda

19. Existem autores que, baseados nas origens das teorias da imputação, denominam essa situação e outras parecidas como *actio libera in causa*, como HRUSCHKA, Joachim. *Actio libera in causa y autoría mediata*. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 199-200.

20. Para o conceito, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 326. O autor destaca ainda que existem duas modalidades: na primeira o indivíduo provoca ativamente a incapacidade (*omissio libera in agendo*) e na segunda, podendo ter impedido previamente que a incapacidade se produzisse, o indivíduo não faz nada para evitá-la (*omissio libera in omittendo*) (Idem). Cf. também ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General. Especiales formas de aparición del delito*. Navarra: Civitas, 2014 [2003]. t. II. p. 790.

21. Nesse sentido, entendendo tratar-se de verdadeira omissão por comissão, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 790-791. Gimbernát Ordeig apresenta solução próxima, no sentido de que essa ação do garante de se colocar em situação de impossibilidade de agir futura é uma “ação que interrompe uma cadeia causal salvadora possível”, que é subsumível diretamente ao verbo típico (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*. ADPCP, v. LIII, 2000. p. 114-115 – trad. Livre; e GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *A propósito de la omissio libera in causa*. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHADO BASALDUA, Juan Ignacio (Coord.). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016. p. 99-100). Crítico, ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 790. O problema dessa posição está no fato de que o curso causal salvador ainda não existe, nem mesmo potencialmente, pois a situação de perigo não surgiu. Vale dizer, não se sabe ao certo qual seria o curso causal salvador (reconhecendo essa característica, mas não observando qualquer problema, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *A propósito...* Op. cit., p. 101-102). A admissão de que aquele que se coloca em situação de possível impossibilidade física futura interrompe um curso causal salvador possível, conduta subsumível ao verbo típico, apresenta o mesmo problema de antecipação do Direito Penal a momento muito anterior ao perigo ao bem jurídico, a ponto de ter-se de admitir que, se um terceiro provocar essa impossibilidade no garante, já cometerá o crime.

22. Silva Sánchez, por outro lado, entende que a única saída é considerar já essa conduta do primeiro momento como uma omissão, o que entende possível, pois admite que já se está diante de uma

conduta (“*actio posterior*”) como base para fundamentar uma “imputação extraordinária”²³: ao não intervir, o garante pratica a conduta proibida, sendo que sua impossibilidade física e seu desconhecimento são supridos pelo fato de que foi o próprio garante que se colocou nessa situação, ao descumprir anteriormente algum dever específico (*Obliegenheit*, em alemão, e *incumbência*, em espanhol)²⁴. As duas posições são objeto de críticas²⁵.

A primeira porque modifica o conteúdo da norma de comportamento²⁶. De um dever de realização da conduta devida de evitação, passa-se a um dever de se manter preparado para intervir em situação futura incerta. É preciso recordar que ninguém é penalmente responsável apenas por *ser* garantidor, por consequência, ninguém é responsável penalmente por não se manter preparado para intervir diante de uma futura e incerta situação de perigo²⁷. Essa é a diferença entre a responsabilidade por omissão e a *omissio libera in causa*: a norma de comportamento de um crime por omissão imprópria não determina ao garante que se mantenha em condições de adquirir os conhecimentos necessários ou em condições físicas de agir. O que a norma impõe ao garante é que intervenha na situação de perigo concreto²⁸⁻²⁹. Ademais, essa posição antecipa a intervenção do Direito Penal, de forma que,

situação de perigo que começa no momento em que é possível prever que o resultado lesivo vai se produzir (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 335-336). A posição parece ampliar demasiadamente o conceito de situação de perigo, praticamente confundindo-o com qualquer agir incorreto do garantidor.

23. Sobre a diferença entre imputação ordinária e extraordinária, cf. HRUSCHKA, Joachim. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in sua causa*. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 55-57.
24. HRUSCHKA, Joachim. *Actio libera...* Op. cit., p. 205, notas de rodapé n. 13 e 14 e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo para la *actio libera in causa*: La *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento. In: REMESAL, Javier de Vicente et al. (Dir.). *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Madrid: Reus, 2020. v. I. p. 1120.
25. Para um panorama geral das críticas às duas posições, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo... Op. cit., p. 1118-1120.
26. Sobre esse entendimento, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo... Op. cit., p. 1120.
27. Destacando a diferença entre deveres objetivos de cuidado e dever de agir para evitar o resultado, cf. ESTELLITA, Heloisa. *A responsabilidade...* Op. cit., p. 105-108. Valiente Ivañez, ao tratar dos delitos culposos, argumenta que “nem a falta de cuidado faz parte da descrição típica nem, portanto, a exigência de cuidado faz parte da norma de comportamento em questão” (VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. Deberes de cuidado e incumbencias. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia. *Enfoques penales*, Crimint, Revista En Letra Derecho Penal, abr. 2019. p. 04 – trad. livre). Entendendo que o dever de se manter preparado integra o dever penal, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 791; e GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A propósito... Op. cit., p. 100-101. Roxin e Gimbernát Ordeig não explicam, no entanto, como este entendimento é compatível com o princípio da legalidade. Criticando a posição, cf. HRUSCHKA, Joachim. *Actio libera...* Op. cit., p. 208.
28. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 329; e CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 197-200. Hruschka, ao tratar da *actio libera in causa*, deixa claro que ela tem como conceito complementar e necessário em termos lógicos a *actio libera in se*,

já no primeiro momento, o garante poderia ser responsabilizado a título de tentativa³⁰, como visto no “teste da tentativa” (*supra* n. 3.c). A segunda porque considera como praticada a omissão em um momento em que há impossibilidade física de agir, o que seria inadmissível³¹. Além disso, ela pode apresentar déficit de legalidade, pois se estaria responsabilizando o garante por uma conduta – a não intervenção no segundo momento – que não é verdadeiramente típica, seja pela ausência de possibilidade física de agir, seja pela ausência de conhecimento³².

Parece que assim se chega a um impasse. Ocorre que, diferentemente das objeções feitas à primeira posição, que não parecem ser contornáveis, é possível indicar contra-argumentos às objeções feitas à segunda posição. Esses contra-argumentos parecem possibilitar ao menos a sua aplicação para a solução de casos concretos sem ampliação da responsabilidade penal por omissão, como acontece invariavelmente com a proposta da primeira posição.

Com relação à primeira objeção e com fundamento na ideia de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, contra-argumenta-se que não existiria problema em atribuir ao garante o dever concreto de realizar uma ação de salvamento impossível quando foi ele

o que é esquecido pelos juristas atuais, ou seja, a base da imputação não pode ser tão somente a *actio libera in causa* (HRUSCHKA, Joachim. La imputación... Op. cit., p. 59). O autor destaca ainda que a primeira tarefa do Direito Penal atual é distinguir essas duas *actio*, do modo a evitar “confusões conceituais, como a confusão ou mescla entre *actio praecedens* e *actio libera in sua causa*, que frustraria absolutamente todo tratamento racional dos problemas correspondentes” (HRUSCHKA, Joachim. La imputación... Op. cit., p. 83 – trad. livre).

29. Gimbernat Ordeig ainda destaca a crítica de que essa posição permite que “uma ação [...] constitua uma omissão [...], apesar de que é evidente que aquela não tem relação com esta” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad... Op. cit., p. 114 – trad. livre). Crítica que faz com que o autor entenda que os problemas de *omissio libera in causa* são mais difíceis que os de *actio libera in causa* (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A propósito... Op. cit., p. 97). Essa crítica, no entanto, não parece prosperar, pois está baseada em um equivocado conceito ontológico de omissão, que diferiria de um conceito ontológico de ação. Sobre isso, cf. CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 40-51.
30. Sobre essa crítica, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 332; HRUSCHKA, Joachim. *Actio libera...* Op. cit., p. 214; e CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa...* Op. cit., p. 197-200. Silva Sánchez afirma que “o problema prático fundamental que colocam os modelos da tipicidade é que conduzem à qualificação do fato como tentativa punível de um autor embora a *actio posterior* não chegue sequer a começar” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo... Op. cit., p. 1120 – trad. livre). Tratando dos crimes culposos em geral e da impossibilidade de considerar os deveres de cuidado como deveres penais, Valiente Ivañez argumenta que “a infração de uma exigência de cuidado a partir da qual não sobrevém a realização de um tipo de delito não é suscetível de ser sancionada jurídico-penalmente como tentativa imprudente” (VALIENTE IVAÑEZ, Vicente. Deberes de cuidado... Op. cit., p. 05 – trad. Livre).
31. ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* Op. cit., p. 790; e GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad... Op. cit., p. 114.
32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito...* Op. cit., p. 334. Contra essa crítica, cf. HRUSCHKA, Joachim. *Actio libera...* Op. cit., p. 206.

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria?

Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 53-67. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

que, antes, criou essa impossibilidade³³. A escolha da ação concreta de salvamento é juízo de atribuição (e não de constatação de um evento da realidade), ou seja, é o observador que atribui ao garante o dever de ter praticado a ação concreta de salvamento. A partir desse juízo de atribuição e para evitar que o indivíduo se beneficie da própria torpeza ou da própria infração de deveres de cuidado prévios, seria possível equilibrar “impossibilidade de agir” com “ter criado a própria impossibilidade previamente”³⁴.

Com relação à segunda, a do déficit de legalidade, ela poderia ser superada ao menos com a responsabilização a título *culposo*, vale dizer, quando se está diante de situações de *omissio libera in causa* a atribuição de responsabilidade poderia ser somente culposa, tal qual autoriza o art. 20 do CP. É exatamente isso o que ocorre nos casos de crimes culposos: o descumprimento de deveres de cuidado faz com que o indivíduo pratique a conduta posterior, proibida, em desconhecimento³⁵. É importante ressaltar, no entanto, que todos os demais pressupostos como a realização do risco criado no resultado precisam ser atendidos para que se possa afirmar a existência de responsabilidade penal culposa.

Disso resultaria que, quando o garantidor, previamente à existência de qualquer situação de perigo concreta, se coloca em situação de impossibilidade de agir ou de impossibilidade de adquirir os conhecimentos necessários para atuar, está-se diante de *omissio libera in causa*. A responsabilização pelo resultado, nesse caso, exigirá fundamentação mais forte, devendo, ainda, ficar restrita à responsabilidade penal culposa, se prevista em lei³⁶.

33. Segue-se aqui as condições do que se denomina de imputação extraordinária (HRUSCHKA, Joachim. La imputación... Op. cit., p. 79 e ss.).

34. Silva Sánchez explica a posição: “a exculpante que *prima facie* concorreria sobre a *actio posterior* fica desativada pela prévia provocação do estado de intoxicação. O fato antijurídico de autoria concorre, portanto, na *actio posterior*. E este fato, apesar de ter sido realizado em estado de inimputabilidade, é imputado – de modo extraordinário – ao agente como infração de um dever pessoal, vale dizer, a título de culpabilidade” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo... Op. cit., p. 1120 – trad. livre).

35. Sobre o crime culposos como modalidade de imputação extraordinária, cf. VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 22-22, 2020. p. 14-15. O autor destaca ainda que não há diferença entre o que se denomina como “deveres de cuidado” e as chamadas “incumbências” (*Obliegenheiten*) (VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. Deberes de cuidado... Op. cit., p. 02 e 07). Entre nós, sobre o modelo de exceção de Hruschka, cf. QUANDT, Gustavo de Oliveira. *A teoria da actio libera in causa e a inimputabilidade por embriaguez: limites e possibilidades no direito penal brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2016. especialmente p. 65 e ss.

36. Na sua posição mais atual, Silva Sánchez parece se aproximar do modelo de exceção, pois se vale da *actio posterior* como a conduta contrária à norma de comportamento, mas discorda do argumento de que a *actio praecedens* represente a infração de um dever específico (*Obliegenheit* ou incumbência). Para ele, a *actio praecedens* é comportamento de participação por cumplicidade (preparação), de modo que o indivíduo será responsabilizado a título de participação no próprio ato posterior que inicia a execução do crime, apesar de ausente a culpabilidade (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo... Op. cit., p. 1122-1129). Além da problemática relacionada ao fato de que a possibilidade física de agir é elemento da própria tipicidade nos crimes omissivos, a participação também

No caso examinado, ainda que se admita que o motorista, enquanto garantidor, infringiu normas de cuidado próprias dessa posição, colocando-se em situação de impossibilidade física de agir com relação a uma futura situação concreta de perigo e/ou em impossibilidade de conhecimento, a responsabilização posterior pelo resultado lesivo (estupro de vulnerável) somente poderia ser cogitada na modalidade culposa. Todavia, não há previsão culposa desse delito (art. 18, parágrafo único, do CP), razão pela qual a conduta é atípica à luz do art. 217-A, § 1º, do CP.

b. *Ingerência?*

Ainda seria possível afirmar que, ao colocar a vítima na rua, inconsciente, às 3h da manhã e ir embora, o motorista teria praticado um comportamento prévio que criou o risco do resultado de estupro (art. 13, § 2º, c, CP).

Isso em nada altera a posição de garantidor do motorista, pois de duas uma: ou já era garantidor por outro fundamento (cf. 3.b supra) ou, caso se entenda que passou a ser garantidor quando a deixou na rua e partiu, continua inexistindo situação de perigo concreto na qual não interveio. Caso pretenda com isso afirmar que essa conduta foi causal para o resultado de estupro – pois se o motorista não tivesse deixado a vítima na rua, ela não teria sido estuprada (art. 13, *caput*, do CP) –, essa relação causal não justifica a responsabilização penal comissiva pelo estupro de vulnerável, pois, de um lado, não há notícia de que tenha ocorrido conluio entre o motorista e o agente do crime que pudesse fundamentar alguma figura do concurso de agentes, e, de outro, não há, como visto, previsão de figura culposa para o estupro.

5. CONCLUSÃO

Ao contrário do que se poderia pensar, situações nas quais um garantidor descumpra deveres de cuidado de se manter apto a agir fisicamente ou de adquirir o conhecimento necessário em um momento em que ainda não existe uma situação de perigo concreta são muito comuns e é por isso que a importância dessa controvérsia não é uma peculiaridade do caso analisado³⁷. Ali onde houver divisão e delegação de tarefas – como ocorre

demandar um duplo dolo que, não estando presente, faz com que surja o debate sobre a possível responsabilidade culposa do partícipe, se admissível. Desta forma, seu entendimento parece alinhar-se ao modelo ora apresentado. Aplicando-a ao caso, poder-se-ia dizer que o motorista realizou conduta objetivamente típica de participação por cumplicidade por ter, enquanto garantidor, se colocado em situação de impossibilidade de agir e, posteriormente, não ter realizado a ação concreta de salvamento por tal impossibilidade, iniciando a tentativa. Como, porém, não tinha o duplo dolo do partícipe, não se poderia afirmar sua responsabilidade a título de participação. Surgiria a discussão sobre a responsabilidade culposa, mas ela não é admitida pelo tipo penal do estupro.

37. A aplicação dessa estrutura é comum, por exemplo, no âmbito dos crimes omissivos tributários com estrutura similar à dos nossos art. 168-A, § 1º, I, CP, e art. 2º, II, Lei 8.137/90, quando o autor desconta as contribuições/impostos e, entre esse momento e aquele no qual deveria ser feito o recolhimento,

CAMPANA, Felipe Longobardi; ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Joana. Estupro por omissão imprópria?

Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 53-67. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10719228].

predominantemente na criminalidade de empresa –, não será incomum que a estrutura aqui discutida apareça, muitas vezes tomando as vestes de uma discussão sobre a cegueira deliberada³⁸. Preocupa, nesse âmbito, a falta de atendimento aos pressupostos legais da responsabilidade penal, pois é lamentavelmente comum que a responsabilidade omissiva seja afirmada apenas com base na constatação de uma posição de garante do agente ou no descumprimento de deveres de cuidado. Como se “ser” garante ou descumprir um dever de cuidado fosse, por si só, a omissão proibida pelo art. 13, § 2º, CP, algo que, como procuramos demonstrar, é um equívoco grosseiro.

Respondendo à pergunta feita no início deste artigo, conclui-se que o motorista não pode ser responsável pelo crime de estupro de vulnerável por omissão imprópria, pois (i) ao deixar a vítima, inconsciente, na rua às 3h da manhã, não havia situação concreta de perigo de estupro. E (ii) quando essa situação surgiu, com a aproximação do homem em direção à vítima, o motorista já não tinha mais possibilidade física de atuar ou, no mínimo, não tinha condições de adquirir conhecimento sobre o perigo. Ademais, (iii) em que pese essas impossibilidades tenham sido geradas pelo próprio motorista, com seu agir descuidado anterior, uma possível atribuição de responsabilidade pelo resultado lesivo por omissão imprópria somente seria legalmente autorizada a título de culpa e não há previsão da responsabilidade culposa para o crime de estupro de vulnerável.

6. REFERÊNCIAS

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- CAMPANA, Felipe Longobardi. *A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.
- EBNER, Markus. AO § 380 Gefährdung der Abzugsteuern. In: JOECKS/JÄGER/RANDT. *Steuerstrafrecht: Kommentar*: §§ 369-412 AO. 9. ed. München: Beck-Online, 2023.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

coloca-se em situação de impossibilidade financeira de atender ao comando legal. Cf., ilustrativamente e com ulteriores referências, ROLLETSCHEKE, Stefan. *Steuerstrafrecht*. 5. ed. München: Franz Vahlen, 2021. p. 230, 278, 279; EBNER, Markus. AO § 380 Gefährdung der Abzugsteuern. In: JOECKS/JÄGER/RANDT. *Steuerstrafrecht: Kommentar*: §§ 369-412 AO. 9. ed. München: C.H. Beck, 2023. número marginal 39.

38. Cf., ilustrativamente, GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones*, v. 13, n. 2, 2013. p. 69; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 55; PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. Reflexões jurídicas. São Paulo: Marcial Pons, 2019. nota de rodapé 376; RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal. Trad. João Victor Assunção. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 7, n. 2, p. 265-284, 2022; RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999. nota de rodapé 1102.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. A propósito de la omisión libera in causa. In: BACIGALUPO SAGGESE, Silvana; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; ECHADO BASALDUA, Juan Ignacio (Coord.). *Estudios de Derecho Penal*. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2016. p. 91-102.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión'. *ADPCP*, v. LIII, 2000.
- GÓES, Guilherme; SANTIN, Janice. A tentativa na omissão imprópria: um esboço sobre a delimitação entre atos preparatórios e início da execução. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 13, n. 1, p. 86-108, 2023.
- GRECO, Luís. Comentario al artículo de Ramón Ragués. *Discusiones*, v. 13, n. 2, p. 67-78, 2013.
- HRUSCHKA, Joachim. Actio libera in causa y autoría mediata. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 199-217.
- HRUSCHKA, Joachim. La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal*. Estudios sobre la teoría de la imputación. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2009. p. 51-103.
- LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- LUZ, Ilana Martins. *Compliance e omissão imprópria*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- NOLL, Mathias. *Grenzen der Delegation von Strafbarkeitsrisiken durch Compliance: Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.
- PARDINI, Lucas. *Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada*. Reflexões jurídicas. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. Dolo sem conhecimento? Reflexões sobre a condenação de Lionel Messi por sonegação fiscal. Trad. João Victor Assunção. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 7, n. 2, p. 265-284, 2022.
- RAGUÉS i VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- ROLLETSCHEKE, Stefan. *Steuerstrafrecht*. 5. ed. München: Franz Vahlen, 2021.
- RÖNNAU, Thomas. O início da tentativa na coautoria, na autoria mediata e nos delitos omissivos impróprios. Trad. Paula Brener. In: RÖNNAU, Thomas. *Lições fundamentais da teoria do delito*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023. p. 301-312.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Especiales formas de aparición del delito. Navarra: Civitas, 2014. t. II.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. Trad. Alaor Leite. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 159-181.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *El delito de omisión*. Concepto y sistema. 2. ed. actual. Barcelona: B de F, 2003.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Un nuevo modelo para la actio libera in causa: La *actio praecedens* como conducta punible de favorecimiento. In: REMESAL, Javier de Vicente et al. (Dir.). *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Madrid: Reus, 2020. v. I. p. 1117-1129.
- SIQUEIRA, Joana. *Limites da responsabilidade penal por omissão imprópria de acionistas controladores*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. Deberes de cuidado e incumbencias. Notas sobre la cláusula normativa inherente a la responsabilidad por imprudencia. *Enfoques penales*, Crimint, Revista En Letra Derecho Penal, abr. 2019.
- VALIENTE IVÁÑEZ, Vicente. La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 22-22, p. 1-32, 2020.



PESQUISA DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Crime de estupro de vulnerável e a necessidade de periculosidade da conduta, de Thiago Baldani Gomes De Filippo – RT973/195-217.

A EXPERIÊNCIA APORÉTICA DA PENA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

THE APORETIC EXPERIENCE OF PUNISHMENT IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

FERNANDO B. S. FISCHER

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2022). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – Instituto de Criminologia e Política Criminal (2009) e em Ciências Criminais pelo UniCuritiba (2007). Pesquisador vinculado ao Núcleo de Estudos em Internacionalização do Poder Punitivo (NEIPP) da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Penal do curso de pós-graduação da Escola da Magistratura do Paraná. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4996885196638598>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-0935-2144>].

fernandobardelli@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724903>].

Recebido em: 28.03.2022

Aprovado em: 17.01.2023

Última versão do autor: 27.01.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O direito penal internacional, edificado a partir das experiências jurídicas de *common law* e de *civil law*, recorreu às tradicionais teorias da pena oriundas do direito penal nacional em busca de legitimação para seu sistema punitivo. Entretanto, o complexo cenário multicultural e multifatorial que a justiça penal internacional pretende regular se mostra extremamente contingente perante as respostas oferecidas pelas construções jurídico-penais domésticas. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo analisar a compatibilidade entre as teorias positivadas da pena e o fenômeno punitivo internacional, em relação tanto à justificação quanto à individualização da pena.

ABSTRACT: International criminal law, built on the experiences of common law and civil law, resorted to traditional theories of punishment from national criminal law in search of legitimacy for its punishing system. However, the complex multicultural and multifactorial scenario that international criminal justice aims to regulate is extremely contingent facing the responses offered by domestic legal and criminal constructions. Therefore, the present study seeks to analyse the compatibility among the positive theories of punishment and the international punitive phenomenon, both in relation to justification and to the sentencing process.

PALAVRAS-CHAVE: Aporias – Individualização da pena – Direito penal internacional – Justificação racional – Teorias da pena.

KEYWORDS: Aporias – Sentencing – International criminal law – Rational justification – Theories of punishment.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Finalidade preventiva da pena. 2.1. Dissuasão geral. 2.2. Dissuasão especial, neutralização e ressocialização. 3. Finalidade integradora da pena. 4. Finalidade retributiva da pena. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a alvorada do pensamento iluminista, culminando nas revoluções liberais do século XVIII, as quais, por sua vez, inauguraram a forma de Estado moderno, o direito deixou de ser considerado um fruto da imutável ordem natural de inspiração teocêntrica para ser entendido como uma construção essencialmente humana (VILLEY, 2006). A partir de então, o direito penal passou a demandar uma justificação racional, uma vez que o mero apelo aos costumes e às tradições já se mostrava insuficiente para legitimar a imposição da punição estatal em face do indivíduo.

Nesse contexto, surgiram as duas concepções dominantes do discurso oficial de justificação da pena: a prevenção e a retribuição. Pode-se afirmar que a própria legitimação do direito penal permeia a discussão entre convicções preventivas e repressivas, de modo que tanto a dogmática criminal quanto a filosofia jurídica dos últimos três séculos foram palco de permanentes disputas entre essas duas propostas.

Embora o direito penal tradicional nunca tenha conseguido dirimir satisfatoriamente tal controvérsia, mesmo perante tentativas de redesenhá-la em contornos mais consensuais, essa questão invariavelmente atingiu a seara do direito penal internacional.¹ Ao se falar em direito penal internacional, remete-se ao direito penal criado e realizado em *locus* internacional (DISSENHA, 2014, p. 271), porém, com a manutenção do compromisso com a garantia dos direitos humanos e com a observância dos tradicionais princípios limitadores do poder punitivo.

O sistema de justiça penal internacional se consolidou após a Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg e, posteriormente, com as cortes *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia) e para Ruanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda), todos constituídos após a ocorrência dos fatos por eles julgados. Atualmente, encontra-se em pleno funcionamento o Tribunal Penal Internacional,

1. Ao realizar uma análise crítica do sistema de justiça penal internacional, Mégret (2001, p. 206) aponta que as tentativas de conciliar o retributivismo com o utilitarismo conferem um verniz de legitimidade ao sistema criminal, em uma aliança distintamente profana e resiliente. Contudo, alerta que: “sooner or later, however, the system is destined to become terminally ill because it ontologically requires elements that cannot bring itself to justify analytically”.

instituído pelo Estatuto de Roma, em 2002, e com sede na cidade de Haia, cuja competência material se limita ao julgamento dos crimes de guerra, contra a humanidade, de genocídio e de agressão, perpetrados após sua entrada em vigor.²

E justamente em decorrência da própria essência do direito penal internacional, que intrinsecamente encontra maior embaraço para construir um discurso de autolegitimação, é que a justificação racional da pena adquire um caráter fulcral, mas, ao mesmo tempo, quase intangível. Se as tentativas de definir a função da pena no direito penal internacional já se mostram tormentosas sob o ponto de vista teórico, em virtude das diversas experiências jurídicas que coadjuvam o âmbito doutrinário e jurisdicional, a problemática adquire patamares aporéticos quando confrontada com a realidade multifatorial na qual se pretende aplicar, de maneira efetiva, uma justiça com pretensão de universalidade. Defronte desse panorama, mostra-se pertinente a análise das finalidades positivadas da pena na perspectiva do direito penal internacional, tanto em relação à compatibilidade com as funções e os objetivos declarados do sistema normativo internacional³ quanto no que concerne à possibilidade de concretude dos fins ambicionados no complexo cenário que esse ramo jurídico pretende regular.

2. FINALIDADE PREVENTIVA DA PENA

De natureza eminentemente utilitarista, a finalidade preventiva da pena iniciou seu desenvolvimento teórico em meados do século XVIII, principalmente sob influência da obra de Cesare Beccaria (1781, p. 134-142), que buscou limitar o exercício da punição pela racionalização de seus meios e fins. A ideia da cominação de penas com o objetivo de evitar o cometimento de novos delitos entrega um forte apelo legitimador sob o ponto de vista racional, razão pela qual, ainda hoje, encontra abrigo na maioria das formulações teóricas do direito penal tradicional que buscam justificar o exercício do poder punitivo estatal assentadas numa finalidade prática.⁴

No domínio do direito penal internacional, fundado no discurso de proteção de direitos humanos, a finalidade preventiva da pena goza, num primeiro momento, de similar compatibilidade com os objetivos declarados na esfera de justificação teórico-abstrata.⁵ Afinal, ainda que a pena possa ser considerada um meio violento e inerentemente violador da condição individual, a perspectiva de salvaguardar direitos humanos com a evitação de novas ofensas se apresenta como um interesse superior capaz de lhe conferir legitimidade.

2. O Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 4.388/2022, por meio do qual o Brasil se submeteu à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

3. Conforme expressamente declara o preâmbulo do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional tem por objetivo reprimir os crimes de maior gravidade que afetam a comunidade internacional, para “pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”.

4. Nesse sentido: DIAS, 2004, p. 81; ROXIN; GRECO, 2020, p. 153-155; VIVES ANTÓN, 2011, p. 868-870.

5. Vide o preâmbulo do Estatuto de Roma citado na nota de rodapé 2.

Porém, embora haja refutações de ordem filosófica à justificação preventiva da punição, as principais objeções doutrinárias a essa finalidade da pena são de natureza empírica, tanto em relação à instrumentalização dos meios quanto em relação à eficácia dos fins, de modo a levantar razoáveis dúvidas acerca da relação de custo-benefício apresentada pela perspectiva utilitarista. Tais questionamentos se tornam ainda mais perturbadores quando transportados ao contexto no qual o direito penal internacional pretende intervir, motivo pelo qual se faz oportuno um estudo mais apurado das finalidades preventivas da pena no plano universal.

Encontram-se compreendidas no conceito preventivo diversas finalidades específicas da pena, entre elas as noções de dissuasão geral, de dissuasão especial, de neutralização, de ressocialização e, até mesmo, de integração. Considerando suas peculiaridades, que impõem diferentes abordagens tanto em relação à justificação quanto à individualização da pena, cada objetivo preventivo da punição merece um estudo individualizado no tocante à compatibilidade com as propostas do direito penal internacional.

2.1. *Dissuasão geral*

A primeira e mais tradicional finalidade preventiva da pena, desenvolvida na escola clássica de direito penal, com a teoria da coação psicológica de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1847, p. 39-41), funda-se na ideia de que a cominação legal de penas, direcionada a todos os cidadãos, representa um fator de intimidação do cometimento de crimes, de modo a preservar direitos ao evitar futuras violações. Não obstante o fato de que a prevenção geral negativa ainda ecoa de maneira significativa na dogmática penal dos dias atuais, inúmeras críticas lhe foram dirigidas ao longo dos séculos.

Historicamente antagonista a esse pensamento utilitarista, a escola kantiana trouxe objeções de natureza humanista à dissuasão geral, ao defender que o indivíduo apenado não pode ser utilizado como mero meio para a consecução dos objetivos estatais de redução da criminalidade (KANT, 2013, p. 137 e HEGEL, 1997, p. 88-90). Embora originado no final do século XVIII, esse argumento ainda hoje é revisitado, principalmente por vertentes liberais da doutrina penal (DUFF, 2001, p. 83; FERRAJOLI, 2010, p. 373; e NAUCKE, 2004, p. 41-44), para questionar as bases de justificação filosófica da prevenção geral negativa.

Indubitavelmente, grande parte da força dessa proposição está apoiada na clássica concepção liberal de Estado e em sua relação com o indivíduo, de modo que o apelo argumentativo pode ser relativizado quando exportado à esfera de órgãos supranacionais de controle. Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que o direito penal internacional fundou suas bases de legitimação na proteção de direitos humanos e, ainda que se confira um caráter universal a esse rol garantidor, a forte ideia antropocêntrica que o conceito de direitos humanos traz consigo ocasiona uma inquietação racionalista quando confrontada com a instrumentalização do castigo humano.

Entretanto, encontram-se no plano da eficácia as principais objeções à utilização da pena como fator de dissuasão geral pelo direito penal internacional. Inicialmente, o intento de manejo de punições para desestimular a prática de delitos se estruturou a partir da clássica

concepção utilitarista do cálculo entre prazer e dor, que apregoa que o sofrimento imposto pela pena deve ser suficiente para desestimular os ganhos com o cometimento do crime (BENTHAM, 1907, p. 41). O problema é que essa formulação parte da premissa de considerar o potencial criminoso como um ator de escolhas racionais, que guia suas decisões exclusivamente por cálculos probabilísticos que lhe confirmam os maiores benefícios com os menores custos. Adotando-se a perspectiva da teoria das escolhas racionais (TSEBELIS, 1998, p. 32-36), há de se observar que a simples previsão de uma pena em abstrato não é o único fator a influenciar a abstenção da prática de determinada conduta incriminada. A certeza ou, ao menos, a alta probabilidade de punição representam fatores coercitivos muito mais decisivos dentro de esquemas racionais de decisões criminosas (DISSENHA, 2019, p. 236).

Ocorre que a experiência demonstra que os tribunais penais internacionais historicamente atuam de maneira muito adstrita, selecionando apenas casos pontuais para julgamento,⁶ seja dentro de uma universalidade de conflitos existentes, seja dentro de uma universalidade de casos em um conflito específico (BASSIOUNI, 1997, p. 12). Isso implica a significativa fragilidade do caráter dissuasivo geral, uma vez que é notório que a grande maioria das ofensas e violações em um cenário de conflito ficará incólume à intervenção do direito penal internacional.

Ainda sob uma perspectiva de escolhas racionais, tem-se que nem sempre a ameaça da aplicação de pena por uma corte internacional é a mais intimidadora consequência possível de recair sobre a prática de condutas criminalizadas pelo Estatuto de Roma. Considerando o contexto belicoso que normalmente ambienta a prática desses delitos – revoluções armadas, guerras civis, invasões estrangeiras, conflitos étnicos etc. –, uma eventual condenação por um tribunal penal internacional não se encontra entre os maiores riscos que os perpetradores de violações a direitos humanos estariam submetidos em caso de derrota no intento marcial.⁷ Afora as possibilidades de execução sumária, tortura e outras barbáries retaliativas, em certos casos os julgamentos no âmbito internacional se mostram mais favoráveis aos acusados, seja sob o aspecto processual e até mesmo material, quando comparados aos julgamentos formais realizados pelos juízos locais.⁸

6. Conforme disposto no artigo 1 do Estatuto de Roma, a jurisdição da corte se dá sobre as “pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”.

7. Em seu julgamento perante a corte de Jerusalém, o oficial nazista Otto Adolf Eichmann citou uma atitude comum indiferente com a própria morte durante a Segunda Guerra Mundial, ao afirmar que “não nos importava se morreríamos hoje ou só amanhã, e havia momentos em que amaldiçoávamos a manhã que nos encontrava ainda vivos” (ARENDR, 1999, p. 122).

8. Questionando a eficácia dissuasiva do direito penal internacional quando comparada ao direito penal nacional, Mégret (2001, p. 203) afirma que soldado abusador de criança capturado provavelmente almejaria a segurança relativa de uma prisão internacional. Por sua vez, Alvarez (1999, p. 368-369) pontua que ainda que os juristas internacionais se orgulhem dos avanços feitos em relação à observância da garantia ao devido processo legal aos réus submetidos ao Tribunal Internacional para Ruanda, tal situação contrasta com a realidade da maioria daqueles ruandeses detidos que permaneceram no país local.

Ademais, sob a lógica da prevenção geral negativa, ainda que a aplicação da pena em concreto reforce o caráter intimidador, tem-se que a principal frente de atuação desse instrumento dissuasivo se encontra na criminalização de condutas e na cominação de penas em abstrato (ROXIN; GRECO, 2020, p. 153-154). Nesse sentido, ainda que as legislações locais não criminalizem de forma específica as condutas albergadas pelo Estatuto de Roma, é muito provável que a maioria dos comportamentos passíveis de responsabilização internacional já seja criminalizada pelos ordenamentos jurídicos nacionais, mesmo que sob a forma de previsões típicas específicas, como homicídio, tortura, estupro etc.⁹

Assim, é de questionar a eficácia da cominação de penas em abstrato pelo direito penal internacional na perspectiva da dissuasão geral, primeiro porque a previsão incriminadora nas legislações locais já supriria a função de intimidação coletiva e, segundo, porque, conforme se observa do sistema de criminalização adotado pelo Estatuto de Roma, não há um preceito secundário estabelecendo sanções específicas para cada delito, mas, sim, uma previsão geral de penas aplicadas a todos os delitos ali relacionados,¹⁰ enfraquecendo ainda mais o efeito da pena em abstrato. Se a ameaça que recai sobre a prática de futuros delitos está materializada na cominação de sanções em abstrato, a inexistência de preceito secundário próprio – acompanhando cada tipo penal – reduz sobremaneira a eficácia da mensagem almejada.

Embora haja consistentes posicionamentos no sentido de que grande parte dos efeitos dissuasivos gerais da pena se exaure com sua cominação em abstrato,¹¹ não se pode ignorar os setores da doutrina que defendem a consecução de tais efeitos a partir da individualização da punição.¹² Todavia, a principal crítica que recai sobre a busca de efeitos preventivo-gerais na individualização da pena se sustenta na ausência de elementos epistemológicos à disposição do julgador, impedindo qualquer juízo mais preciso de prospecção que relacione a quantidade de punição imposta com o efeito dissuasivo prático sentido pela população.¹³

9. Sobre o comparativo entre a severidade das punições impostas pelos tribunais internacionais e pelos tribunais nacionais: “Another source of criticism is that the sentences are lenient when compared with domestic practice, but this comparison relates to ordinary crimes such as murder and domestic sentencing differs greatly” (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 498).

10. Os tipos penais se encontram descritos nos artigos 6º (crime de genocídio), 7º (crimes contra a humanidade) e 8º (crimes de guerra) do Estatuto de Roma, ao passo que a cominação das penas, inclusive com os seus limites máximos em abstrato, encontra-se disciplinada nos artigos 77 e 78.

11. De acordo com o entendimento de Demetrio Crespo (1999, p. 330-331), a individualização judicial da pena deve ser orientada por critérios preventivo-especiais, ao passo que a prevenção geral exerce seu papel em momento anterior e posterior à individualização da pena, ou seja, na cominação legal de penas em abstrato e na imposição da pena em concreto – que confirma a seriedade da ameaça geral.

12. Atualmente, grande parte dos doutrinadores que admitem os reflexos da prevenção geral na individualização da pena atribui a esse princípio distributivo um papel secundário, normalmente vinculado aos limites da quantificação da punição pelo juiz, tais como as exigências preventivo-gerais mínimas de Roxin (ROXIN; GRECO, 2020, p. 159-160).

13. Quanto à individualização da pena com base em critérios de prevenção geral, Hassemer (2004, p. 74-75) aponta a ausência de suficientes fundamentos empíricos. Segundo o autor, os juízes não dispõem

À vista disso, considerando o abrangente cenário que a justiça penal internacional ambiciona intervir, nada mais resta ao juiz de uma corte internacional que se socorrer de intuições pessoais no momento de quantificar uma sanção com intuitos dissuasivo-gerais, tornando extremamente frágeis os fundamentos da decisão imposta.

Por fim, se a pena tem um objetivo prático, o de conformar a realidade mediante o efeito intimidador, a justificação da sanção não deve se limitar aos estreitos critérios da teoria das escolhas racionais, uma vez que outros fatores concorrentes podem ser significativos ou mesmo determinantes para a prática da conduta delitiva. Examinando a natureza dos crimes julgados pelos tribunais penais internacionais – tais como genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra –, bem como o contexto em que são praticados, percebe-se que suas motivações não decorrem exclusivamente da busca de benefícios pessoais por parte dos ofensores. Pelo contrário, em muitos dos casos, fatores históricos, sociais e culturais formam redes de incentivo que, embora não justifiquem ou esculpam a prática delitiva, podem ao menos explicá-la. Seja um forte apelo popular contra determinada minoria ou mesmo uma questão de se adequar às engrenagens dominantes de poder, a verdade é que, em um ambiente de conflito armado, insuflado por paixões cegas e sentimentos beligerantes e discriminantes, construir uma teoria da pena baseada na ideia do ofensor como um ator racional dificilmente se mostrará a escolha mais acertada.¹⁴

Dessa forma, ainda que se possa esperar um efeito dissuasivo-geral da pena no âmbito do direito penal internacional, tais implicações intimidadoras, uma vez verificadas, podem apenas ser entendidas como desejadas consequências assessórias da cominação abstrata de sanções às condutas internacionalmente criminalizadas.¹⁵ Contudo, apropriando-se da própria perspectiva utilitarista que fundamenta a ideia dissuasiva da pena para adotar um raciocínio de custo-benefício, tem-se que a prevenção geral negativa, por si só, não basta para justificar a imposição de punições, ainda mais em concreto, na esfera de regulação dos organismos internacionais.

2.2. Dissuasão especial, neutralização e ressocialização

As teorias de prevenção especial, que estruturam o fenômeno punitivo a partir da capacidade de contenção do criminoso apenado de modo a evitar que ele volte a praticar novos

de conhecimentos precisos sobre as condições de partida de suas atuações (cifras de criminalidade e suas projeções) nem sobre a seletividade e resultados do processo de intermediação, faltando-lhes uma avaliação adequada da motivação dos destinatários da norma.

14. “As criminal lawyers know well, fitting crimes against humanity or other massive human rights violations into the deterrence frame requires some rather implausible psychological generalizations. Either the crimes are aspects of political normality – Arendt’s ‘banality of evil’ – in which case there is no mens rea, or they take place in exceptional situations of massive destruction and personal danger when there is little liberty of action” (KOSKENNIEMI, 2011, p. 178).
15. Embora reconheça que a pena manejada no sistema de justiça internacional tem um caráter exemplar, Danilo Zolo (2006, p. 148) observa que a eficácia preventiva permanece em segundo plano diante de “una esemplarità intimidatoria che pare rivolta molto meno a prevenire la commissione di altri crimini che non a celebrare la potenza dei vincitori”.

delitos, experimentaram grande desenvolvimento conceitual a partir da segunda metade do século XIX, sob influência do pensamento científico-naturalista e das escolas criminológicas positivistas em evidência naquela época (FISCHER; FISCHER, 2021, p. 502-508).

Nesse período histórico, os ideais liberais que inspiraram as revoluções ocidentais no século anterior já não se mostravam tão atrativos à burguesia já estabelecida no poder, ao passo que, se a revolução industrial experimentada por países como Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, por um lado, enriqueceu a ascendente classe burguesa, por outro, evidenciou o distanciamento social da classe proletária. Assim, em um ambiente de crescente urbanização, o excedente de pessoas não absorvido pelo mercado de trabalho se tornou um problema para a sociedade da época (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 177-184). Diante dessa demanda por controle, o direito penal clássico, fundado nas ideias de liberdade e de culpabilidade, já não entregava uma satisfatória justificativa teórica para sustentar os interesses das classes no poder. A partir de então, emergem as escolas positivistas de direito penal, voltadas à contenção dos delinquentes marginalizados, valendo-se de discursos deterministas tendentes a substituir a ideia de culpabilidade pela de periculosidade (VORMBAUM, 2014, p. 114-119).

A pena passou a ser reestruturada como uma forma de tratamento, não mais apoiada na conduta criminoso, mas, sim, na pessoa do ofensor. Foi nesse panorama que a noção de prevenção especial foi desdobrada em várias frentes, ministradas de acordo com a periculosidade e a capacidade do apenado de responder ao tratamento punitivo. Abarcadas pela ideia de prevenção especial, surgiram as finalidades da pena de dissuasão especial, inocuidade e ressocialização.¹⁶ O próximo passo da dogmática criminal foi a evolução do pensamento da escola positivista de direito penal para a escola da defesa social, que emergiu na primeira metade do século XX e atendeu aos crescentes interesses autoritários ao se afastar dos ideais liberais e alavancar o discurso de proteção coletiva.

Essa breve reflexão histórica acerca da conjuntura que proporcionou o florescimento das finalidades preventivo-especiais da pena, marcada por um pensamento significativamente discriminatório e excludente que concebia o criminoso como um pária da sociedade,¹⁷ é suficiente para acender uma luz de alerta a todo criminalista crítico que se depare com essa justificação da punição no âmbito do direito penal internacional. Considerando o sistema criminal internacional, caracterizado como justiça dos vencedores em face dos vencidos (ZOLO, 2006) e com forte ideal civilizatório de disseminação dos valores eurocêntricos nos países periféricos, não há como afastar a similitude com a proposta de defesa

16. Em seu “Programa de Marburgo”, von Liszt (1882, p. 23-24) formula sua teoria preventiva da pena apoiada na figura dos delinquentes, classificando-os em corrigíveis e incorrigíveis. Assim, propunha a correção dos delinquentes que necessitassem de reforma e que fossem suscetíveis a ela, a intimidação dos delinquentes que não necessitassem de correção e a neutralização dos insuscetíveis de correção.

17. Von Liszt (1882, p. 25), ao exemplificar os delinquentes habituais, tidos como irrecuperáveis, citava os “mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos sexos e alcoólatras, bandidos e pessoas do sub-mundo em sentido mais amplo, degenerados mentais e físicos”, todos eles formadores do “exército de inimigos fundamentais da ordem social”.

social e todos os perigos que essa implicação possa trazer. De qualquer forma, a prevenção especial ainda hoje encontra grande repercussão nos ordenamentos jurídicos nacionais, principalmente no que concerne à individualização da pena, motivo pelo qual se mostra pertinente a análise das finalidades dissuasivo-especial, neutralizadora e ressocializadora à luz do direito penal internacional.

Por meio da dissuasão especial, a aplicação concreta da pena pretende desestimular o ofensor a voltar a cometer novos crimes. Assim, no processo de individualização da pena, o julgador busca aplicar a sanção em qualidade e quantidade suficientes para imiscuir no apenado o temor de sofrer novamente punições caso venha a reincidir. Dentro da dinâmica dos crimes comuns (furto, roubo, tráfico de drogas etc.), a justificação dissuasivo-especial se mostra razoável, uma vez que, ao ser reinserido em sociedade, o condenado poderá se preparar com novas situações cotidianas que lhe ofereçam a oportunidade de voltar a cometer delitos. Contudo, ao contrário das condutas reguladas pelo direito penal nacional, os crimes objeto de persecução pelos tribunais penais internacionais – a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra – exigem condições muito específicas para realização, normalmente relacionadas ao ambiente, ao momento e à conjuntura em que se desenvolve determinado conflito.

Como historicamente os indivíduos submetidos a julgamento em cortes penais internacionais são aqueles derrotados em seus intentos ofensivos – retratando a clássica justiça dos vencedores sobre os vencidos –, os elementos circunstanciais que serviram de suporte para a prática dos crimes dificilmente se repetirão após o cumprimento da primeira punição imposta. Dito de outro modo, a finalidade dissuasivo-especial da pena tem seu principal fundamento esvaecido ao se pretender evitar que um indivíduo em específico não volte a cometer pontuais delitos, quando as condições para sua consecução são provavelmente irreproduzíveis (AMBOS, 2006, p. 34-35).

No tocante à finalidade neutralizadora da pena, ainda que não manejada nos moldes permanentemente incapacitantes preconizados em sua origem e a despeito da resistência da doutrina penal atual em reconhecer sua legitimidade, é inegável que toda pena que impõe restrições à liberdade guarda em seu âmago um caráter inocuizante, embora não declarado no discurso oficial de justificação. A própria previsão da prisão perpétua no artigo 77 do Estatuto de Roma confirma a neutralização – nesse caso, permanente – como finalidade positiva da pena internacional, uma vez que a natureza dessa punição, quando aplicada, esvazia os demais objetivos preventivo-especiais, tais como a dissuasão especial e a ressocialização.

Nessa perspectiva, entra em cena a noção de periculosidade, que motiva a segregação de um indivíduo e seu afastamento compulsório, ainda que temporário, do convívio social. Apesar de pertinentes críticas doutrinárias incidirem sobre o conceito de periculosidade e sua aplicabilidade no direito penal, não há como ignorar que a teoria da prevenção especial foi construída sobre seu fundamento (VORMBAUM, 2014, p. 114-119). Além disso, as tentativas da doutrina de substituir a periculosidade pela culpabilidade como parâmetro valorativo de individualização da pena para fins de prevenção especial não se mostraram muito exitosas, já que não há correlação direta entre o grau de culpabilidade do ofensor e

a evitação da prática de novos delitos (MAÑALICH, 2007, p. 51-52). A culpabilidade, nesses casos, não atua como um parâmetro valorativo determinante, mas apenas como um fator adventício limitador da punição,¹⁸ ou seja, como um princípio garantidor (FISCHER, 2023, p. 100-102).

O problema é que o enfrentamento da questão da periculosidade implica a adoção de uma dessas perspectivas: a periculosidade intrínseca ao sujeito ou a periculosidade contextual. A noção de periculosidade intrínseca remete ao pensamento da criminologia etiológica e à ideia do “*uomo delinquente*” (LOMBROSO, 1897), há muito tempo refutada pela dogmática criminal devido ao seu caráter agudamente discriminatório. Por outro lado, a noção de periculosidade contextual, não menos insidiosa, pressupõe que o risco de práticas delitivas está associado a uma combinação de fatores ambientais, temporais e subjetivos. Sendo assim, novamente os objetivos preventivo-especiais da pena se encontram limitados, no plano do direito penal internacional, à reprodução da conjuntura específica na qual determinado indivíduo já condenado deverá estar inserido para reiterar as práticas delitivas. Considerando a singularidade do contexto em que os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerras são cometidos, a defesa da neutralização padece dos mesmos entraves justificantes já observados na dissuasão especial.

Por derradeiro, há a ressocialização, que é apontada por setores da doutrina como o fim legítimo da pena compatível com os contemporâneos ditames de um Estado Democrático de Direito (DOLCINI, 1979, p. 354-355). Sob o ponto de vista conceitual, a ressocialização encontra poucas objeções quando invocada como propósito para justificar a aplicação de uma pena, tanto que inspirou a reformulação do sistema criminal alemão na década de 1960, após a traumática experiência penal promovida pelos regimes autoritários que assolaram a Europa na primeira metade do século XX. Todavia, o empírico fracasso do projeto de ressocialização de criminosos por intermédio do sistema carcerário implicou o descrédito dessa política criminal já nas décadas seguintes (ALBRECHT, 1995, p. 306). Esse insucesso do caráter ressocializador da pena pode ser reproduzido com mais intensidade no sistema internacional, tendo em vista que a execução das penas é pouco fiscalizada pelos tribunais e normalmente é terceirizada aos Estados (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 497).

Se não bastasse a questionável eficácia dos fins ressocializadores da pena, a exportação dessa proposta para os domínios do direito penal internacional requer uma delicada reflexão. Um segmento crítico da doutrina de direitos humanos denuncia que os mecanismos internacionais de proteção apresentam matiz eurocêntrica, camuflando uma hierarquização cultural e racial presente na sua essência. Conforme pontua Makau Mutua, a metáfora

18. Em muitas formulações de individualização da pena, a culpabilidade exerce um papel delimitador que estabelece os marcos dentro dos quais a quantidade de punição deve ser individualizada, quer por critérios preventivos, quer retributivos. Essa é, por exemplo, a lógica da *Spielraumtheorie*, adotada majoritariamente pelos tribunais alemães como modelo de individualização da pena (DEMETRIO CRESPO, 1999, p. 264). No mesmo sentido as seguintes formulações teóricas: (DIAS, 2004, p. 81; ROXIN; GRECO, 2020, p. 156-159).

dos direitos humanos é necessária para a manutenção da dominação do Terceiro Mundo, na medida em que sua narrativa normalmente atribui aos povos não ocidentais a condição de selvagens e vítimas, ao passo que aos brancos ocidentais é atribuída a figura do salvador (MUTUA, 2001). O discurso dos direitos humanos, impregnado com a moralidade europeia e norte-americana, é dirigido como agente civilizador das demais culturas, de modo que o sistema de justiça criminal internacional materializa essa forma de dominação.

Se a ideia de ressocialização já traz consigo a necessidade de reforço dos valores dominantes em determinada sociedade, no plano internacional a imposição de valores hegemônicos da cultura ocidental aos apenados oriundos de comunidades periféricas se mostra ainda mais controversa. Talvez, os objetivos ressocializadores da pena no âmbito do direito penal internacional assumam perniciosos contornos de objetivos “recivilizadores”.¹⁹ Diante dessas ponderações, observa-se que as finalidades preventivas da pena – sejam elas de natureza geral ou especial –, embora possam colaborar, em grau limitado, para a consecução dos fins almejados pela justiça penal internacional, não são suficientes para justificar e legitimar o sistema de punições instituído pelos organismos supraestatais de controle criminal.

3. FINALIDADE INTEGRADORA DA PENA

Com o insucesso do projeto de reforma do sistema penal alemão na década de 1960, principalmente diante do fracassado otimismo que se depositou sobre os objetivos ressocializadores da pena, buscou-se, a partir da década seguinte, uma nova finalidade para a punição estatal que, de algum modo, refletisse uma justificação mais racional e adequada aos padrões humanitários surgidos após a Segunda Guerra Mundial. Nesse panorama, emergiram na doutrina alemã as autointituladas “teorias da prevenção geral positiva da pena”, que conferem à punição estatal uma função estabilizadora, que almeja reafirmar, à sociedade, as vigências das normas e dos valores violados com a concreta prática delitiva.²⁰

Mostra-se evidenciado o caráter eminentemente comunicativo da sanção criminal, pois, antes de tudo, a pena atua de forma integradora, reestabelecendo as expectativas gerais sobre a observância de determinado comportamento, a despeito do abalo gerado pela conduta criminosa que pontualmente desrespeitou o ordenamento.²¹ Por esse motivo,

19. Em uma curiosa menção às condutas praticadas pelas tribos do Congo, à época colônia da Bélgica, Adolphe Prins (1910, p. 14), em sua teoria da pena como defesa social, discorre que “a escola clássica permite lhes infringir castigos, enquanto que as regras da colonização prescrevem os civilizar antes de usar contra eles as armas da civilização”.

20. Destacam-se na doutrina alemã as construções de prevenção geral positiva de Claus Roxin (ROXIN; GRECO, 2020, p. 138-144) e Günter Jakobs (1997, p. 8-19). Enquanto que, para o primeiro, o aspecto positivo da prevenção geral busca “a conservação e o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico” mediante os efeitos de motivação, de confiança no direito e de pacificação social, para o segundo, busca o “exercício no reconhecimento da norma”, ao reforçar a confiança na norma, a fidelidade ao direito e a aceitação das consequências.

21. De acordo com Luhmann (1983, p. 130): “Para a efetivação da generalização congruente de expectativas comportamentais permanece imprescindível a disponibilidade da força física pelo lado das

no presente artigo se optou pela abordagem da finalidade integradora dissociada das tradicionais teorias preventivas da pena, mesmo porque é questionável até que ponto a reintegração gera – de forma significativa – efeitos preventivos concretos ou se a vinculação argumentativa a tais efeitos decorre da necessidade de compatibilização teórica com a função protetiva do direito penal, ainda em voga na doutrina alemã e na dos demais países influenciados pela experiência jurídica de *civil law*.²²

No plano do direito penal internacional, a finalidade integradora da pena se mostra mais fragilizada, tendo em vista o fragmentário corpo normativo internacional – composto pelo Estatuto de Roma, alguns tratados internacionais e pela parca construção jurisprudencial – o que implica uma rarefeita consciência normativa coletiva, especialmente tendo em conta que os principais submetidos à norma internacional são oriundos de países fora do eixo norte-ocidental.²³ É altamente questionável a pretensão de pacificação social com a reafirmação da validade da norma quando sequer há um sólido sistema jurídico central, apto a servir de referência valorativa à população global.

Ademais, partindo-se de uma abordagem sistêmica, a conjuntura em que normalmente são praticados os delitos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra é, por sua essência, socialmente caótica. Logo, perante um arcabouço valorativo severamente perturbado e uma desagregação da ordem social, mostra-se extremamente débil a justificativa de um sistema penal fundado na quebra das expectativas de comportamento. Em cenários de guerra, o conflito se integra à normalidade, redefinindo-a, de modo que a agressão passa a ditar a expectativa comportamental padrão.²⁴

A construção de um sistema penal integrador baseado em uma justificação puramente normativa, tal como preconizado por Jakobs (1997, p. 8-19), também encontra um entrave estrutural relativo ao processo de individualização da pena. Se a finalidade da pena é reafirmar a validade da norma contrafaticamente, sem qualquer referencial valorativo extrasistêmico, não há justificativa para um conjunto escalonado de penas diante da ausência de

expectativas legais – imprescindível para a motivação de indivíduos resistentes, mas principalmente imprescindível para a construção de uma confiança generalizada no direito”.

22. Neste sentido: HÖRNLE, 2015, p. 23-24; MAÑALICH, 2007, p. 55-56.

23. Atualmente, conforme se observa no sítio eletrônico do próprio Tribunal Penal Internacional, há casos em fase de julgamento: situação na República Centro Africana II, situação no Mali e situação em Darfur, no Sudão. Ademais, há um caso relativo à situação em Uganda em fase de apelação e quatro casos em fase de execução de sentença, relativos às situações da República Democrática do Congo e ao Mali. Por fim, cumpre ainda mencionar as seguintes situações que apresentam casos que alcançaram ao menos a fase de julgamento, mas foram extintos: situação na República Centro Africana, situação na Costa do Marfim, situação no Quênia e situação na República Democrática do Congo. Ou seja, o Tribunal Penal Internacional somente levou a julgamento réus oriundos de países africanos. Disponível em: [www.icc-cpi.int/cases].

24. Para exemplificar a situação de exceção vivida em tempos de guerra, Arendt (1999, p. 38), ao citar a condição em que o oficial nazista Eichmann cometeu seus crimes, observa que ele se tratava de uma “pessoa normal”, que deveria ter consciência da natureza dos seus atos. Contudo, observa que ele “não era exceção dentro do regime nazista” e “nas condições do Terceiro Reich, só se podia esperar que apenas as ‘exceções’ agissem ‘normalmente’”.

uma estrutura hierarquizada de normas criminalizadoras. Pressupondo que todos os preceitos tipificadores de condutas têm o mesmo valor jurídico, como explicar a variante na quantidade e qualidade da punição?²⁵

A sistemática da individualização da pena prevista no Estatuto de Roma promove uma complicação adicional, tendo em vista que a falta de previsão de um patamar de pena específico para cada espécie de delito retira do julgador o referencial intrassistêmico de proporcionalidade oferecido pelo legislador. Sendo assim, diante do insuficiente referencial normativo e da impossibilidade de amparo em valores metajurídicos, o processo de individualização da pena à luz da finalidade integradora se mostra, sobretudo no direito penal internacional, fundado em subjetivismos decisionistas.²⁶

Talvez a alternativa mais compatível com o sistema de direito penal internacional seja a finalidade integradora da pena voltada a reafirmar um conjunto de valores essenciais, que, nesse caso, só poderia ser formado pelos princípios internacionais de direitos humanos.²⁷ Todavia, conforme já abordado no capítulo anterior, há toda uma crítica sociocultural acerca da imposição de valores hegemônicos ocidentais por meio do discurso de proteção dos direitos humanos, o que, em certa medida, também é aplicável à ideia integradora da pena.²⁸

Além disso, sob uma perspectiva de coerência racional, é discutível se o castigo é o meio mais adequado para reafirmar valores humanitários (NAUCKE, 2004, p. 18). Entre os inúmeros veículos de promoção de direitos fundamentais, justamente a pena criminal, que carrega consigo o cruento histórico de violação à condição individual, não se mostra a melhor escolha para a difusão de uma ética humanista. Pelo contrário, partindo-se da premissa de que o direito penal só pode atuar como *ultima ratio*, é um contrassenso a eleição da pena como principal vetor de validação e ratificação dos direitos humanos. Portanto, ainda que

25. Frisch (2014, p. 19-20) defende a possibilidade de mensuração da pena em concreto a partir da verificação de uma maior ou menor dimensão do questionamento à norma, baseando-se, principalmente, em aspectos subjetivos do agente.

26. Holá, Smeulders e Bijleveld (2011, p. 412) destacam os problemas enfrentados pelos juízes dos Tribunais Internacionais para Ruanda e para a Iugoslávia na individualização da pena, diante dos grandes poderes discricionários que lhes foram conferidos, contrastando com as poucas instruções presentes na legislação e com os escassos precedentes internacionais relevantes, resumidos nas básicas argumentações condenatórias dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio.

27. Kai Ambos (2006, p. 37) discorre que “na ausência de uma ordem penal internacional em funcionamento, parece que o propósito de castigar por meio dos tribunais penais internacionais se encontra mais bem identificado com um efeito de prevenção geral positiva, entendida no sentido de efetuar uma contribuição ao estabelecimento e consolidação de uma ordem jurídica internacional (penal) de valores comuns”.

28. O exemplo emblemático de conflito entre valores culturais está representando pelo caso Al Mahdi. Nele, um membro de um grupo islâmico radical foi condenado pelo Tribunal Penal Internacional à pena de nove anos de prisão, em razão da destruição de monumentos históricos na região de Timbukto, durante o conflito armado de 2012 no Mali. De um lado, estava a motivação religiosa do ofensor, que entendia que os monumentos destruídos atentavam contra as entidades sagradas do islã; de outro lado, estava a motivação internacional da pena, fundada na proteção do patrimônio histórico e cultural da humanidade, reconhecido pela UNESCO (STERIO, 2017).

a finalidade integradora da pena possa apresentar alguma efetividade no plano internacional, tal efeito pode ser considerado meramente suplementar, não se mostrando legítimo para, autonomamente, justificar a punição de condutas criminalizadas pelos organismos internacionais.

4. FINALIDADE RETRIBUTIVA DA PENA

Entre as finalidades positivadas da pena, provavelmente a retribuição seja o princípio que melhor se coadune com os objetivos, declarados e não declarados, do direito penal interacional. Embora teoricamente ultrapassadas, as construções retributivas formuladas pelos idealistas alemães no final do século XVIII – baseadas no merecimento vingativo e na determinação da pena na mesma medida do mal causado²⁹ – ainda repercutem na sistemática punitiva internacional. Analisando-se o contexto histórico e político em que célebres julgamentos internacionais foram realizados, tais como os julgamentos dos oficiais nazistas em Nuremberg e Jerusalém, é possível captar a demanda por vingança, combinada com a necessidade de expiação da culpa dos derrotados e de exaltação do poder dos Estados vencedores.³⁰ Danilo Zolo (2006, p. 155-156) ainda relaciona o “fim da impunidade” como um discurso recorrente nas decisões do Tribunal de Haia, o que se concilia com as ambições da justiça penal internacional de não deixar graves violações a direitos humanos sem respostas, apesar do caráter altamente seletivo dessa corte, que geralmente recai na escolha de ofensores pontuais para encarnar a culpa de toda uma coletividade.

Ao estudar o fenômeno da demanda punitiva, o psicólogo norte-americano Paul Bloom (2014, p. 109 e 118) concluiu que a punição indireta – ou seja, o anseio de castigo a criminosos que não nos tenham causado um mal direto – é motivada por desejos de vingança acrescidos de sentimentos de empatia com as vítimas. Ainda que o merecimento vingativo tenha como pressuposto uma irracionalidade emotiva, isso, por si só, não deslegitima uma atuação do Estado visando estabilizar as expectativas sociais por meio do uso da força penal. O manejo de questões sociais de origem irracional não implica que as soluções apresentadas pelo sistema jurídico sejam igualmente classificadas como irracionais, uma vez que o Estado tem o dever de resolver essas graves perturbações, racionalizando-as em busca de pacificação comunitária.

O grande problema é: ainda que o merecimento vingativo possa encontrar defensores no âmbito do direito penal interno – baseado numa ideia de justiça social –, no domínio do direito penal internacional a punição nem sempre é manejada nos interesses da

29. Para Kant (2013, p. 138), “somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a quantidade e a qualidade da punição”. Tal ideia de proporcionalidade refletida na determinação da pena também acompanha o pensamento dialético de Hegel (1997, p. 90): “a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência”.

30. Nesse sentido: ARENDT, 1999; ZOLO, 2006.

comunidade que foi vítima das ofensas. Não raramente, as demandas de punição emergem em países completamente alheios aos conflitos que originaram os julgamentos, como forma de restabelecer o controle mundial e reafirmar o poder político internacional das nações hegemônicas.

Outra fissura que acomete a aplicação das noções de merecimento vingativo no direito penal internacional, dessa vez no plano da determinação da pena, diz respeito à ideia de que a pena deve corresponder ao mal causado pelo ofensor, em sua exata medida. Tal construção parte da dialética hegeliana, segundo a qual o crime viola um direito alheio e a pena suprime o crime ao reafirmar esse direito com uma justa compensação (HEGEL, 1997, p. 92). De maneira crítica aos sistemas penais, Schünemann (2018, p. 69-70) enxerga nas penas atuais um traço de *overkill*, que ultrapassa as limitações do princípio do Talião e infligem ao ofensor um mal maior do que o injusto por ele praticado. Todavia, o próprio autor excutua essa característica de *overkill* nas hipóteses de homicídio e, de algum modo, de lesões corporais graves, em que a retribuição normalmente se encontra aquém da ofensa causada. Transportando tais noções aos crimes internacionais – tais como genocídio, crimes de guerra e crimes contra humanidade –, tem-se que frequentemente as condutas criminosas perpetradas são de natureza gravíssima e dificilmente uma pena imposta por um tribunal penal internacional poderá compensar atrocidades concretas em sua igual medida, conforme exigido pela concepção retributiva clássica.

Ainda que as antigas teorias absolutas da pena continuem sendo sinônimas de retribuição para muitos autores,³¹ as novas doutrinas retributivas, principalmente desenvolvidas a partir de experiências jurídicas anglo-americanas, conferem um novo significado à punição. De acordo com tais formulações, a pena não é mais um fim em si mesmo, porquanto apresenta uma função comunicativa de expressar o grau de reprovação da sociedade sobre o ato criminoso.³² Assim, mediante seu elemento simbólico, propósitos socialmente úteis são atribuídos à pena retributiva, tais como manifestações de censura social, reafirmação da lei e dos valores consensuais, desagravo em favor das vítimas, bem como o exercício subsidiário de um desestímulo à prática de novos delitos.

A função expressiva da pena vem obtendo reconhecimento inclusive na doutrina alemã, em que se destaca a construção de Tatjana Hörnle (2010, p. 105-137), que propõe um sistema de punição com ênfase no aspecto reprobatório, aferindo-se a gravidade do crime a partir de uma perspectiva normativa da vítima. Essa concepção da vítima sob um viés normativo obsta a incidência de influências subjetivo-individuais no processo penal, ao passo que fornece um referencial de valoração para a quantificação da sanção (HÖRNLE, 2003, p. 81-91). De forma semelhante, o americano Andreas von Hirsch (2017, p. 63-69) desenvolveu seu “*Desert Model*”, no qual a severidade da pena deve ser escalonada proporcionalmente, de modo a refletir o grau em que o crime afeta o padrão de vida (*standard of*

31. Conforme observa Paul H. Robinson (2008, p. 114), grande parte das críticas doutrinárias direcionadas à pena como retribuição ainda tem como referência os antigos modelos de merecimento vingativo.

32. Neste sentido: DUFF, 2001; FEINBERG, 2011; VON HIRSCH, 2017.

living) das pessoas, levando-se em conta interesses econômicos e não econômicos, incluindo integridade física, recursos materiais, privacidade e dignidade.

Justamente o resgate da figura das vítimas, combinado com a expressão coletiva de repúdio ao comportamento criminoso, é responsável por aproximar as teorias comunicativas da pena dos anseios punitivos vislumbrados pelo direito penal internacional.³³ Além disso, embora centradas na ideia de reprovação proporcional ao fato, algumas concepções expressivas também admitem um efeito dissuasivo complementar na aplicação da pena,³⁴ o que se mostra compatível com o discurso oficial da justiça internacional.

Entretanto, a adequação das teorias comunicativas da pena ao sistema punitivo do direito penal internacional não transcorre de maneira tão simples quanto aparenta, principalmente porque a concepção expressiva parte da premissa de uma sociedade estabilizada, com a existência de padrões morais básicos sustentados por um nível de consenso suficientemente observado. A dinâmica dos tribunais penais internacionais normalmente conduz ao julgamento das condutas criminosas por cortes alheias ao local de origem do conflito e por juízes que não compartilham os valores presentes no contexto social das vítimas e de seus ofensores.³⁵ Torna-se, desse modo, extremamente pernicioso a comunicação de um juízo de censura baseado em uma régua de reprovação moral diversa daquela consensualmente admitida no ambiente sociocultural abalado pela agressão.³⁶

Ademais, a função expressiva da pena se fundamenta no reconhecimento do réu como um “agente moral”, capaz de compreender a mensagem de desaprovação social da sua conduta, uma vez que está submetido aos mesmos valores reafirmados pela punição (VON HIRSCH; ASHWORTH, 2005, p. 24-26). Nas palavras de Antony Duff (2001, p. 87),

33. De acordo com a regra 145, 1 (c), da *Rule of Procedures and Evidence* do Tribunal Penal Internacional, deverão ser considerados na individualização da pena, entre outros fatores, “the extent of the damage caused, in particular the harm caused to the victims and their families, the nature of the unlawful behaviour and the means employed to execute the crime”. Em relação às penas aplicadas pelos Tribunais Interacionais para Ruanda e para a Iugoslávia, constata-se que “As primary purposes for sentencing, the ICTY and ICTR have consistently emphasized retribution and general deterrence, although retribution appears to be considered most important. Retribution should be seen as ‘just desert’ and not as revenge or vengeance” (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 497).

34. Segundo von Hirsch (2017, p. 19), “The hard treatment in punishment, in my view, serves a prudential reason for obedience to those who would be insufficiently motivated by the penal censure’s normative appeal”. Opondo-se a essa ideia, Duff (2001, p. 85) entende que o tratamento severo das penas não pode ser utilizado como um incentivo adicional, pois, ao se buscar um fim dissuasivo, deixa-se de tratar as pessoas como agentes morais.

35. Embora o Tribunal Penal Internacional tenha preponderantemente julgado casos oriundos do continente africano, dos 53 juízes que já atuaram nessa corte, 22 são de origem europeia e apenas 11 de origem africana. Disponível em: [www.icc-cpi.int/judges/judges-who-s-who].

36. Ainda que o Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda e o Estatuto do Tribunal Internacional para a Iugoslávia (artigos 23 e 24, respectivamente) prevejam que, para individualização da pena, tais cortes deverão recorrer à prática geral da graduação das penas de prisão aplicadas pelos tribunais locais, o substrato valorativo que irá preencher o comando normativo fatalmente será estrangeiro.

“it addresses potential offenders not as outsiders, whose membership of the normative community is thus cast in doubt, but as fellow members of that community who are still within the reach of its values”. Todavia, a inconsistência ocorre porque os réus submetidos aos julgamentos internacionais frequentemente carregam o estigma de *outsiders*, já que, na maioria das vezes, são oriundos de países fora do eixo hegemônico no qual a tábua de direitos humanos foi esculpida, incompatibilizando-se com a ideia do “agente moral”.

Considerando-se, ainda, que a demanda por punição que impulsiona a ação das cortes penais internacionais muitas vezes se origina em comunidades internacionais diversas daquelas onde foram perpetrados os crimes, o seguinte questionamento se mostra sedicioso: a quem a função comunicativa da pena visa comunicar? Não é difícil perceber que o endereçamento da força expressiva da pena a uma comunidade diversa daquela vitimada desnatura, em muito, a legitimidade desse discurso punitivo. Tal cenário é recorrente nos conflitos envolvendo o continente africano, nos quais os casos levados a julgamento nos tribunais penais internacionais são movidos por necessidade de resposta da comunidade internacional às graves violações observadas naquela região, ao passo que a grande maioria da população local afetada pelo conflito sequer tem acesso às decisões tomadas por tais cortes.³⁷ A ausência de um sistema de valores universais – a despeito da pretensa homogeneização defendida no discurso dos direitos humanos – e o arrebatamento da jurisdição por tribunais estranhos ao conflito geram impasses não só ao plano de justificação das teorias expressivas da pena no âmbito internacional, mas também ao plano de individualização da pena.

Superados os antigos modelos de merecimento vingativo, algumas das novas propostas retributivas, embora tenham como principal parâmetro de individualização da pena a dimensão da lesão, limitam a punição a partir da noção de culpabilidade, genericamente entendida como o grau de reprovação pessoal atribuído à conduta criminosa.³⁸

37. Mesmo tendo iniciado seus trabalhos em 2002, somente em 2007 o Tribunal Penal Internacional instituiu em sua estrutura uma unidade específica permanente para cuidar da comunicação de suas atividades às populações por elas afetadas. Contudo, tal iniciativa do Tribunal Penal Internacional não alcança a maior parte da população dos países que sofrem sua intervenção, pois os indivíduos de nações mais pobres comumente carecem de acesso à internet e se encontram envolvidos em altos índices de analfabetismo. Segundo Yvonne M. Dutton (2017, p. 91-94): “Although the ICC maintains a website with documents and other information, few people in the States where the ICC intervenes are likely to seek out and rely on these sources. Much of the world, and particularly individuals in the poorest nations, lack regular internet access. Illiteracy may be high among populations that have been affected by mass atrocities. Even if domestic populations are literate, they may not read one of the languages in which the ICC makes information available: English and French”.

38. Observa-se que não há um consenso sobre a noção de culpabilidade para fins de individualização da pena, mesmo na doutrina vinculada à tradição de *civil law*. Sobre o tema: STOCO, 2019. Tal noção se mostra ainda mais difusa entre os doutrinadores da *common law*. Para von Hirsch (2017, p. 23), a gravidade do crime tem dois elementos: “the conduct’s degree of harmfulness (or dangerousness), and the extent of the actor’s culpability”. Duff (2001, p. 135), por sua vez, sustenta que “criminal seriousness is usually taken to be a function of harm plus culpability”. Já Fletcher (2007, p. 223) cita a fórmula de Nozick, de acordo com a qual “the gravity of punishment is determined by the gravity of wrongdoing as mitigated by the degree of responsibility (guilt) if the responsibility is less than one”.

Assim, a medida da pena retributiva é aferida com base em dois vetores que indicam a gravidade da ofensa: a dimensão da lesão e a magnitude da responsabilidade do ofensor.³⁹

Em relação à dimensão da lesão, o parâmetro de valoração utilizado para determinar a quantidade de punição pode variar de acordo com a experiência jurídica local, pois, enquanto a doutrina de tradição de *civil law* trabalha com a ideia de bem jurídico, doutrinadores de tradição de *common law* normalmente se valem de outros parâmetros, como as noções de interesses juridicamente protegidos e de qualidade de vida. O grande problema é que, independentemente do parâmetro eleito – bem jurídico, interesse protegido ou padrão de vida –, a mensuração da gravidade da ofensa necessariamente depende, em certo grau, da escala de valores vigentes em determinada sociedade (FISCHER, 2023, p. 127). Tal vinculação se mostra mais evidente nas construções teóricas anglo-americanas, uma vez que a influência de fatores morais na pena é doutrinariamente aceita e manejada de forma mais remansosa do que em países submetidos à tradição penal romano-germânica. Assim, quando os interesses protegidos pelo direito penal remetem à proteção dos específicos valores erigidos em sociedade,⁴⁰ fica cristalina a incongruência de julgar condutas locais tendo como modelo um bloco valorativo estrangeiro.

De forma semelhante, a utilização de uma escala de afetação do padrão de vida⁴¹ para medir a gravidade concreta de um delito se mostra umbilicalmente dependente da realidade social na qual está inserida a comunidade que vivenciou os fatos. Considerando que o

De qualquer forma, as diversas noções de responsabilidade pessoal para fins de individualização da pena permeiam a ideia de uma reprovação do criminoso, que relaciona sua culpa (em sentido amplo) pelo fato perpetrado.

39. De certa forma, essa dinâmica dual para individualização da pena reflete a sistemática adotada respectivamente pelo artigo 23 do Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda e pelo artigo 24 do Estatuto do Tribunal Internacional para a Iugoslávia, que dispõem que, para a individualização da pena, serão considerados fatores como “a gravidade da infração e a situação pessoal do condenado”. Analisando os julgamentos realizados por essas duas cortes internacionais, Holá, Smeulers e Bijleveld (2011, p. 415) constataram que os juízes internacionais avaliavam a gravidade concreta do delito com base no dano causado e na culpabilidade do agressor, englobando os seguintes aspectos: “(i) ‘the particular circumstances of the case’, i.e. magnitude of harm caused by the offender represented by, e.g. scale of crime, number of victims, extent of victims’ suffering, and (ii) ‘the form and degree of participation of the accused in the crime’, i.e. the offender’s culpability”.
40. A título de exemplo, Herbert Morris (1968, p. 476-478) sustenta que há um direito natural à punição que guarda respaldo nos demais deveres e direitos morais, enquanto Michael Moore (1997, p. 104-110) defende que as instituições punitivas, como o direito penal, são erigidas a partir das respostas intuitivas dos indivíduos sobre justiça retributiva, de modo que o princípio retributivo estaria justificado epistemologicamente no princípio geral de justiça e no fato de esse princípio moral melhor explicar os julgamentos particulares realizados em sociedade.
41. Von Hirsch e Jareborg (2005, p. 186-219) desenvolveram um sistema de mensuração da gravidade do delito de acordo com a correspondente interferência no padrão de vida das pessoas (*standard of living*), entendido no sentido sugerido pelo economista e filósofo Amartya Sen, de modo a refletir interesses econômicos e não econômicos. Assim, a lesividade é aferida na medida em que os quatro níveis de qualidade de vida são gradativamente afetados: bem-estar intensificado, bem-estar adequado, bem-estar mínimo e mera subsistência.

conceito de padrão de vida também comporta interesses não econômicos – tais como liberdade, privacidade, dignidade etc. –, não há dúvidas de que a disposição de tais valores em uma escala de prioridades varia de sociedade para sociedade, tornando altamente controversa sua valoração por uma corte internacional.

Por sua vez, nem mesmo a adoção do conceito de bem jurídico é suficiente para expurgar totalmente a pena da influência de valores morais, por mais incômodo que isso seja para grande parte dos doutrinadores germânicos. Inclusive sob a perspectiva das teorias transcendentais dos bens jurídicos, que os concebem como uma realidade existencial independente das construções do direito, a individualização da pena traz uma inevitável súplica a elementos metajurídicos para estabelecer uma escala de prioridades sociais. São os valores morais que conferem a ordem de importância aos bens jurídicos e permitem a definição do grau de sua ofensa, pois, conforme observa Habermas (1996, p. 205-206), a categorização das penas pode ser entendida como um escalonamento jurídico-dogmático do conteúdo moral. Tal consideração, por si só, não implica a moralização do direito penal, mas apenas a tradução de princípios morais à linguagem jurídica.

Diante disso, tem-se que o principal critério equalizador da individualização da pena eleito pelas teorias retributivas, qual seja, a proporcionalidade com o fato, guarda profunda dependência do sistema de valores compartilhados pela sociedade local. Quando se analisa um sistema punitivo, é necessário distinguir as duas dimensões assumidas pela noção de proporcionalidade: a proporcionalidade cardinal, responsável por estabelecer os limites máximo e mínimo de pena que vão ancorar o sistema e lhe conferir o nível de severidade; e a proporcionalidade ordinal, responsável por fazer a correspondência entre a escala de gravidade dos delitos e a escala de severidade das penas, dentro dos limites fixados pela proporcionalidade cardinal (VON HIRSCH, 2017, p. 56-59).

Em relação à proporcionalidade cardinal, os limites superior e inferior da escala de severidade das punições de determinado sistema penal são normalmente definidos por uma série de contingências históricas (DUFF, 2001, p. 134). Nos precedentes de condenações aplicadas por tribunais penais internacionais a partir de meados do século XX, observa-se que os limites da escala de punições são extremamente largos, chegando-se à pena de morte em alguns casos.⁴² Mesmo com a normatização prevista no artigo 77 do Estatuto de Roma, manteve-se a elevada amplitude do sistema punitivo internacional, uma vez que seu atual limite superior é a pena de prisão perpétua.

Se não bastasse a vasta escala de penalidades com que se defronta um juiz de uma corte internacional, o que já dificulta a busca por uma pena adequada ao caso concreto, o sistema adotado pelo Estatuto de Roma se mostra muito mais instável para a conformação da proporcionalidade ordinal. Conforme já ressaltado, não há previsão de preceitos secundários específicos para estabelecer limites abstratos de pena para cada espécie de delito, mas, sim, um preceito secundário único, que regulamenta a pena de maneira geral para todos os tipos

42. Nos julgamentos internacionais dos crimes praticados no contexto da Segunda Guerra Mundial, foram condenados à pena de morte 12 réus pelo Tribunal de Nuremberg e sete réus pelo Tribunal de Tóquio (CRYER; FRIMAN; ROBINSON; WILMSHURST, 2010, p. 494).

penais contemplados naquele diploma. Desse modo, o sistema não fornece ao julgador nenhuma referência normativa interna para orientá-lo na busca pela paridade entre a escala de sanções e a escala de gravidade dos crimes. Ademais, a escassez de julgamentos internacionais de forma mais recorrente impede que se forme um consistente corpo de precedentes apto a servir como guia valorativo do nível de gravidade das condutas criminosas e de sua correspondência na hierarquia de penas.⁴³

Com isso, o referencial de que o julgador dispõe para apreciar a proporcionalidade ordinal – ou seja, para escolher, dentro do sistema de penas, aquela que se mostre a mais paritária em relação à gravidade do fato concreto, quando comparado com as demais possibilidades de atos criminosos – tem origem extrassistêmica, mais especificamente no corpo de valores morais de determinada sociedade. E é justamente aqui que se recai no já mencionado problema intrínseco à justiça penal internacional, que é o julgamento realizado por tribunais normalmente estranhos aos costumes e ao contexto cultural do local onde foram perpetradas as agressões.

A mesma incompatibilidade do referencial valorativo que acomete o critério de proporcionalidade no direito penal internacional também afeta o parâmetro de culpabilidade, responsável pelo fundamento axiológico da pena em muitas das atuais concepções retributivas. Superadas as antigas concepções de merecimento vingativo, orientadas exclusivamente na extensão do dano, algumas das novas formas de merecimento têm na culpabilidade – entendida como a reprovabilidade do comportamento criminoso – um parâmetro valorativo da punição.

Paul Robinson (2008, p. 9-10) diferencia as formas de merecimento dirigidas pela culpabilidade em duas espécies: merecimento deontológico e merecimento empírico. De acordo com a noção de merecimento deontológico, a referência para se avaliar a culpabilidade dentro de uma classificação ordinal se apoia nos argumentos oferecidos pela filosofia moral, buscando-se uma pena que atenda aos ditames de justiça. Todavia, a tentativa de materializar a quantidade de punição a partir de um conceito metafísico é altamente contestável, tendo em vista que o ideal de justiça é algo incalculável (DERRIDA, 1996, p. 21-22).

Por sua vez, adotando-se uma perspectiva mais utilitarista, o merecimento empírico utiliza as intuições sobre justiça compartilhadas pela comunidade como referência para se aferir o grau de culpabilidade. Aqui não se almeja uma pena que seja intrinsecamente justa, mas, sim, uma pena que seja percebida como justa pela sociedade, dentro de um processo relativamente consensual. Não obstante sejam comuns os desacordos em relação à quantidade de pena adequada a determinado caso concreto, é possível se vislumbrar uma relativa congruência entre os níveis comparativos de reprovabilidade percebidos em

43. O estudo comparativo das penas impostas pelos Tribunais Internacionais para Ruanda e para a Iugoslávia apontou que se formou uma tendência jurisprudencial, a despeito de qualquer indicação normativa positivada, a considerar uma hierarquização da gravidade em abstrato dos delitos, com o genocídio como forma mais grave, os crimes contra humanidade na posição intermediária e os crimes de guerra como forma mais branda. Contudo, tal escala foi abandonada pelos julgados mais recentes, sob o fundamento de que a gravidade deve ser avaliada em concreto (HOLÁ; SMEULERS; BIJLEVELD, 2011, p. 415-416).

uma comunidade (ROBINSON; DARLEY, 2007, p. 32-38). Contudo, mesmo que essa forma de merecimento se mostre tanto mais factível quanto condizente com o caráter comunicativo das decisões judiciais, sua adoção pelos tribunais penais internacionais esbarra na já mencionada questão da régua valorativa a ser utilizada. Isso se dá porque a lógica do merecimento empírico – baseada nas percepções comunitárias de justiça – se desnatura quando manejada em um sistema de dimensões globais, como pretensamente se apresenta o direito penal internacional. A admissível ideia de um relativo consenso local sobre o grau de reprovabilidade das condutas não se sustenta diante de uma perspectiva universal, em razão da diversidade cultural existente entre as várias regiões do planeta.

Muito embora a proposta retributiva vá ao encontro dos principais anseios punitivos observáveis no sistema de justiça internacional, a concretude de seus fins esbarra na estrutura dos tribunais penais internacionais, normalmente composta por juízes e funcionários oriundos de locais diversos e influenciados por diferentes culturas, uma vez que, no cerne da pena como retribuição, deveriam estar os valores morais socialmente estabelecidos na específica região. Não se descarta a existência de um núcleo restrito de valores universalmente compartilhados, principalmente no tocante ao repúdio a graves ofensas – como genocídio e alguns crimes contra a humanidade –, porém, o grau de reprovação que incide sobre as condutas pode variar a depender da cultura local, e essa variação dificilmente será observada no processo de individualização da pena pelo sistema de justiça internacional.

5. CONCLUSÃO

O confronto das positivadas teorias da pena com o sistema de justiça internacional denuncia o proeminente descompasso entre o discurso oficial punitivo e a real capacidade da pena de alcançar tais objetivos declarados, tanto em relação à congruência com a justificação proposta quanto em relação à sua efetividade prática. Embora isso não impeça a estruturação de um modelo de direito penal internacional, as tentativas de se legitimar a punição por meio da linguagem das construções teóricas tradicionais do direito nacional tornam a aplicabilidade da pena no âmbito universal uma experiência aporética.

O sistema de justiça internacional, a despeito de sua proposta formal, está longe de apresentar caráter universal, tendo em vista que se estrutura a partir de um modelo de direito eurocêntrico, formulado sobre experiências jurídicas de *common law* e de *civil law*. A já árdua tarefa de compatibilizar as construções teóricas romano-germânicas e anglo-americanas, em meio a disputas discursivas doutrinárias e jurisdicionais, não abre espaço para a recepção de outras culturas jurídicas. Além disso, o arcabouço conceitual dos direitos humanos, que funda a proteção reivindicada pelo direito penal internacional, foi edificado a partir de um conjunto de valores ocidentais hegemônicos, muito longe das noções consensuais nas quais se apoiam as formulações oferecidas pelas tradicionais teorias da pena.

Com um aguçado senso de realidade, Pavarini (2008, p. 190-196) enxerga no sistema de direito penal internacional uma expressão genuína do poder punitivo em seu estado puro, cuja necessidade se funda na “*stati forti e definiti della coscienza coletiva*”, que vindica a responsabilização individual por desastres bélicos. E, justamente por reconhecer a pena

internacional como um “fato social” – perfilhando seu caráter aflitivo, expressivo e desigual –, o professor italiano entende que a natureza da punição é inconciliável com as justificações jurídico-penais construídas a partir de uma perspectiva do “dever ser”.

A compatibilidade entre a justificação da pena e sua aplicação só seria possível no plano da justiça penal internacional caso se explicitassem todos os reais objetivos do sistema punitivo adotado pelas cortes penais internacionais, entre eles a satisfação da demanda punitiva emanada pelas nações detentoras do poder político global, materializada de maneira altamente seletiva e orientada pelos valores morais vigentes naquelas sociedades privilegiadas. Entretanto, a reconhecimento do direito penal internacional como um mecanismo de exercício de poder pelo conjunto de nações integrantes da supremacia mundial, em detrimento do discurso de proteção de direitos humanos, pode representar um preço muito caro à legitimidade do sistema de justiça internacional, tornando insustentável sua própria existência. Diante desse improvável cenário de mudança, tão somente resta à comunidade jurídica o exercício de malabarismos argumentativos para justificar a punição internacional a partir de bases teóricas oferecidas pelo direito penal tradicional.

6. REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. *Federal Sentencing Reporter*, University of California Press, v. 7, n. 6, p. 305-307, maio-jun. 1995.
- ALVAREZ, Jose E. Lessons from the Akayesu judgment. *Journal of International & Comparative Law*, [s.l.], v. 5, p. 359-370, 1999.
- AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BASSIOUNI, M. Scherif. From Versailles to Rwanda in seventy-five years: the need to establish a permanent International Criminal Court. *Harvard Human Rights Journal*, [s.l.], n. 10, p. 11-62, 1997.
- BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*. Venezia: Rinaldo Benvenuti, 1781. t. primo.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907.
- BLOOM, Paul. *O que nos faz bons ou maus*. Trad. Eduardo Rieche. 2. ed. Rio de Janeiro: Best-Seller, 2014.
- CRYER, Robert; FRIMAN, Hakan; ROBINSON, Darryl; WILMSHURST, Elizabeth. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DERRIDA, Jacques. Force of Law: the “mystical foundation of authority”. In: CARLSON, David Gray; CORNELL, Drucilla; ROSENFELD, Michel (Ed.). *Deconstruction and the possibility of justice*. London/New York: Routledge, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

- DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na justiça penal internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In: CARVALHO, Salo de; GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada. (Org.). *Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- DISSENHA, Rui Carlo. Pelo direito penal internacional em detrimento do direito internacional penal: sobre como o nome da disciplina afeta a sua função. In: FRIEDRICH, Tatyana Scheila; RAMINA, Larissa (Coord.). *Coleção direito internacional multifacetado: direitos humanos, guerra e paz*. Curitiba: Juruá, 2014. v. 3.
- DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedam, 1979.
- DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DUTTON, Yvonne M. Bridging the legitimacy divide: The International Criminal Court's domestic perception challenge. *Columbia Journal of Transnational Law*, [s.l.], v. 56, p. 70-122, 2017.
- FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How Much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen: Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847.
- FISCHER, Felix; FISCHER, Fernando Bardelli Silva. A alvorada da prevenção especial: do paradigma liberal ao paradigma social da pena. In: NETTO, José Laurindo de Souza; GIACOIA, Gilberto; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão (Coord.). *Direito, educação & cidadania: estudos em homenagem ao Ministro Edson Fachin*. Curitiba: Clássica, 2021.
- FISCHER, Fernando Bardelli Silva. *Individualização comunicativa da pena*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international: foundations*. Oxford: Oxford University Press, 2007. v. 1.
- FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. Trad. Ivó Coca Vila. *InDret*, [s.l.], n. 3, p. 19-20, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOLÁ, Barbora; SMEULERS, Alette; BIJLEVELD, Catrien. International sentencing facts and figures: sentencing practice at the ICTY and ICTR. *Journal of International Criminal Justice*, [s.l.], v. 9, p. 411-439, 2011.
- 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.
- HÖRNLE, Tatjana. Strafumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposium der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: De Gruyter, 2010.

- HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- KOSKENNIEMI, Martti. Between impunity and show trials. In: KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- LISZT, Franz von. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Marburg: Pfeil, 1882.
- LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria: cause e rimedi*. Torino: Fratelli Bocca, 1897.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Primera parte: la retribución como teoría de la pena. *Derecho Penal y Criminología*, [s.l.], v. 28, n. 83, p. 37-71, 2007.
- MÉGRET, Frédéric. Three dangers for the International Criminal Court: a critical look at a consensual project. *Finnish Yearbook of International Law*, [s.l.], v. XII, p. 193-247, 2001.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- MOORE, Michael. *Placing blame*. Oxford: Oxford Press, 1997.
- MORRIS, Herbert. Person and punishment. *The Monist*, [s.l.], v. 52, n. 4, Human rights, p. 475-501, 1968.
- MUTUA, Makau. Savages, victims, and saviors: the metaphor of human rights. *Harvard International Law Journal*, [s.l.], v. 42, n. 1, p. 201-245, 2001.
- NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2004.
- PAVARINI, Massimo. La pena come “fatto sociale” nel sistema di giustizia penale internazionale. *Studi e Materiali di Diritto Penale*, [s.l.], v. 1, p. 190-196, 2008.
- PAWLIK, Michael. Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”*. Berlin: De Gruyter, 2010.
- PRINS, Adolphe. *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. Paris: Misch et Thron, 1910.
- ROBINSON, Paul H. *Distributive principles of criminal law: who should be punished, how much?* Oxford: Oxford University Press, 2008.
- ROBINSON, Paul H; DARLEY, John M. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. *Southern California Law Review*, [s.l.], v. 81, n. 1, p. 1-68, 2007.
- ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- SANTIAGONINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coord. e Trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

- STERIO, Milena. Individual criminal responsibility for the destruction of religious and historic buildings: the al Mahdi case. *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 49, p. 63-73, 2017.
- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora USP, 1998.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.
- VON HIRSCH, Andreas; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- VON HIRSCH, Andreas; JAREBORG, Nils. Gauging crime seriousness: a 'living standard' conception of crime harm. In: VON HIRSCH, Andreas; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Heidelberg: Springer, 2014.
- ZOLO, Danilo. *La giustizia dei vincitori: da Norimberga a Baghdad*. Roma-Bari: Laterza, 2006.




PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal



Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A Lei de Migração e a possibilidade de transferência de presos venezuelanos para cumprimento de pena no Brasil, de Brunela Vieira de Vincenzi, Isabella Thalita Andretto Oliveira e Carlos Fernando Poltronieri Prata – *RDCI* 119/295-311;
- (De)formalização da aplicação da pena: a prisão domiciliar, de Sheila Jorge Selim de Sales – *RBCCrim* 164/47-63;
- Estética processual, garantias fundamentais e dosimetria da pena: por uma fase processual para individualização da pena, de Cristiano Duro – *RBCCrim* 174/177-198;
- Funções, métodos e limites do direito penal comparado, de Albin Eser e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto – *RBCCrim* 178/19-46;
- Penas e pactos: as contribuições do processo penal italiano à disciplina do acordo de não persecução penal brasileiro, de Ney de Barros Bello Filho e Bruno Hermes Leal – *RBCCrim* 201/227-253;
- Pena pecuniária: avanço civilizatório do sistema penal?, de José Carlos Abissamra Filho e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – *RT* 1041/261-278; e
- Realismo marginal e os princípios de chicao: um experimento de antropofagia epistêmica, de Paula Gomes da Costa Cavalcanti – *RBCCrim* 165/273-299.

O OBSCENO AOS OLHOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL PAULISTA: UM ESTUDO SOBRE AS CONSTRUÇÕES DOUTRINÁRIAS E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL

*OBSCENITY THROUGH THE EYES OF THE STATE OF
SÃO PAULO CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A STUDY
ON LEGAL DOCTRINE AND THE APPLICATION OF
ARTICLE 233 OF THE BRAZILIAN PENAL CODE*

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

Doutora (2007), Mestre (2003) e graduada (1999) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Professora em período integral da FGV Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena e cocoordenadora do Núcleo de Justiça Racial e Direito, ambos da FGV Direito SP. Pesquisadora permanente do Cebrap. Pesquisadora principal no Mecila – Maria Sibylla Merian Centre Conviviality-Inequality in Latin America.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8601296185222408>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8924-089X>].
Marta.Machado@fgv.br

MATHEUS DE BARROS

Doutor em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP, na linha "Instituições do Estado Democrático de Direito e Desenvolvimento Político e Social" (2023). Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2019). Bacharel pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV Direito SP. Professor da graduação em Direito da Faculdade Estácio.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3707929725934308>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9687-843X>].
k.matheusdebarros@gmail.com

MARIANA MORAIS ZAMBOM

Doutoranda e Mestra (2022) em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com apoio das bolsas Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Realizou estágio de pesquisa na Université Laval, no Quebec (Canadá) com a Bolsa de Estágio de Pesquisa no Exterior. Bacharela (2019) em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com período de mobilidade acadêmica na Université Jean Moulin Lyon III, na França, pelo Programa PITES (Parceria Internacional Triangular de Ensino Superior).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7316162640209070>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-7664-7984>].

marimzambom@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724982>].

Recebido em: 04.05.2023

Aprovado em: 19.06.2023

Última versão dos autores: 07.07.2023

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a atuação do sistema de justiça criminal paulista, em primeira instância, referente ao artigo 233 do Código Penal (crime de ato obsceno), de 2017 a 2020. Além disso, a finalidade é identificar e tratar de questões dogmáticas sobre o bem jurídico tutelado, sujeito passivo do crime, dolo específico e momento da consumação. Para tanto, combina-se a pesquisa teórico-dogmática à pesquisa empírica (documental) que abarcou 109 casos no Judiciário paulista. Os casos foram obtidos por meio de pesquisas no banco de sentenças fornecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), conforme desenho metodológico detalhado neste trabalho. Entre os resultados abordados no texto, destacam-se a predominância de condenações; a composição majoritária de homens como sujeitos ativos; e a categoria de conduta "masturbação em público" como a mais frequente. Conclui-se (i) que uma parte considerável dos casos diz respeito a assédio contra mulheres; (ii) que a doutrina penalista é incapaz de determinar os elementos do tipo penal, cuja aplicação no sistema de justiça criminal ocorre em casos muito díspares; e (iii) que o artigo 233 do CP é

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the performance of the criminal justice system in the state of São Paulo regarding article 233 of the Penal Code (crime of obscene act), from 2017 to 2020. Furthermore, the purpose is to identify and address doctrinal issues regarding the protected legal interest, the victim of the crime, specific intent, and the moment of consummation. Theoretical-doctrinal research is combined with empirical (documentary) research, which encompassed 109 cases in the São Paulo Judiciary. The cases were obtained through searches in the sentence database provided by the São Paulo State Court of Justice (TJSP), as detailed in the methodology of this study. The following results stand out: the predominance of convictions; the majority composition of men as active subjects; and the category of "public masturbation" as the most frequent conduct. It is concluded that (i) a considerable number of cases involve harassment against women; (ii) penal doctrine is unable to determine the elements of the criminal offense, the application of which occurs in highly disparate cases within the criminal justice system; (iii) article 233 of the

lesivo aos princípios da taxatividade e da igualdade entre gêneros e, por isso, é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ato obsceno – Artigo 233 do Código Penal– Gênero – Judiciário – Inconstitucionalidade.

Penal Code is injurious to the principles of specificity and gender equality and, therefore, it is unconstitutional.

KEYWORDS: Obscene act – Article 233 of the Penal Code – Gender – Judiciary – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O desenho metodológico da pesquisa. 3. Modalidades de ato obsceno no sistema de justiça paulista. 4. Dos bons costumes ao sexo: um sobrevoo pelas normas e ideias dos séculos XIX e XX. 5. O pudor público como ficção: o bem jurídico tutelado pelo artigo 233 do CP. 6. Vítimas reais ou fictícias? O sujeito passivo no crime de ato obsceno. 7. Necessidade de dolo específico para a configuração do ato obsceno?. 8. Observações sobre o momento da consumação da obscenidade. 9. A inconstitucionalidade do artigo 233 do CP: vagueza e ofensa ao princípio da taxatividade. 10. Considerações finais. a) Uma inversão surreal e a relevância do assédio em nossa amostra. b) O papel do sistema de justiça criminal e da doutrina penalista na constituição da "moralidade coletiva" ou do "pudor público". c) O lugar-comum à revelia da Constituição. 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em¹ 2013, uma mulher expôs os seios durante a Marcha das Vadias, em Guarulhos². Três anos depois, o Judiciário paulista profere contra ela uma condenação pelo crime de ato obsceno confirmada pelo Tribunal de Justiça em 2018³. O artigo 233 do Código Penal (CP) prevê a pena de detenção por três meses a um ano ou o pagamento de multa a quem “[p]raticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”.

1. Agradecemos à Professora Máira Rocha Machado pelas incontáveis e inestimáveis contribuições para a execução desta pesquisa, em todas as suas fases; à Mariana Limeira e à Mariana Amaral, por toda a assistência e dedicação nas fases iniciais desta pesquisa; às Professoras Luísa Moraes Abreu Ferreira, Mariângela Gama de Magalhães Gomes e Máira Zapater, pelas cuidadosas e valiosas leituras acompanhadas de sugestões, que muito contribuíram para a produção desta versão do artigo; à Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e ao Núcleo Gênero e Direito da FGV Direito SP, especialmente à Professora Flavia Portella Püschel, Luísa Ferreira e Priscila Coelho, que organizaram o Seminário “Igualdade perante a lei em uma sociedade desigual: debates sobre gênero e Direito”, no qual uma versão anterior deste trabalho pôde ser lida e comentada. Por fim, agradecemos às(aos) pareceristas da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, pela indicação de pontos a serem revisados antes da publicação deste artigo.
2. Segundo Daniela Dalbosco Dell’Aglío (2019), a Marcha das Vadias é dedicada a defender o direito de “mulheres usarem as roupas e se comportarem da forma que quiserem. Começou em 2011, no Canadá, e desde então se internacionalizou”. Sobre o tema, *vide* também a dissertação da mesma autora (DELL’AGLIO, 2016).
3. Cf. MANIFESTANTE (2018).

A incompatibilidade flagrante dessa utilização do direito penal com os princípios básicos de uma democracia nos chamou atenção para a importância de investigar a prática do sistema de justiça criminal: o que vem sendo definido como ato obsceno? Como as autoridades (membros da polícia, do Ministério Público e do Judiciário) identificam a obscenidade em uma conduta? Quais os riscos de manter no ordenamento jurídico um tipo penal com uma expressão com tal grau de vagueza? E, voltando ao caso da mulher detida no ato político já mencionado, quais as construções dogmáticas e judiciais que levam a exposição dos seios de uma mulher a ser um crime?

A imposição de uma pena a uma mulher que exercia seu direito à liberdade de expressão e à igualdade também suscita questões concernentes à constitucionalidade de um tipo penal que, em razão de sua indeterminação semântica, proporciona a punição de condutas muito distintas entre si, o que indica um defeito na taxatividade exigível de uma regra penal. Nosso estudo revelou que o artigo 233 do CP foi instrumentalizado para punir pessoas cujas condutas foram consideravelmente diferentes entre si e do caso da manifestante, como a masturbação em local público, o ato de urinar na rua, um *topless* em uma praça enso-larada e um protesto feminista.

Tendo em vista as questões aqui expostas e as possíveis implicações constitucionais da vagueza do artigo 233 do CP, nós nos debruçamos sobre a aplicação do referido dispositivo, por meio da análise de conteúdo (BARDIN, 2011) de documentos reunidos em processos judiciais provenientes de autoridades do sistema de justiça paulista (a primeira instância do Poder Judiciário), cujas decisões são disponibilizadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). As estratégias metodológicas adotadas para a realização da pesquisa estão descritas na seção 2 deste trabalho. Na seção 3, apresentamos as modalidades de atos obscenos que identificamos na nossa amostra de casos sobre o delito no Judiciário paulista. Diante da identificação de modalidades de condutas muito diferentes entre si, recorreremos às construções dogmáticas a fim de compreender quais são as definições de ato obsceno e como são definidos os elementos que compõem esse tipo penal. Por isso, a seção 4 é dedicada a uma apresentação panorâmica de ideias sobre obscenidade e de construções doutrinárias sobre o delito em questão, abrangendo autores dos séculos XX e XXI. Na seção 5, são abordadas questões sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de ato obsceno, notadamente, a “moralidade coletiva” e o “pudor público”. Na seção 6, são exploradas questões dogmáticas sobre o sujeito passivo do crime de ato obsceno (vítimas reais ou fictícias). A seção 7 diz respeito à (des)necessidade de dolo específico para a configuração do ato obsceno. Na seção 8, abordam-se questões sobre o momento da consumação da obscenidade. Na seção 9, com base na pesquisa de casos concretos e na revisão doutrinária que permeia este trabalho, sustenta-se a inconstitucionalidade do artigo 233 do CP. Nas considerações finais, são apresentadas reflexões dos autores sobre questões de gênero que se tornaram perceptíveis por meio da realização desta pesquisa.

Com esta pesquisa, buscamos refletir sobre os limites da interpretação de dispositivos penais, sobre o papel da doutrina na criação e explicitação de tais limites e sobre as implicações do direito penal no exercício de direitos constitucionais básicos. Mais especificamente, o caso da manifestante nos chamou a atenção para as implicações – inclusive do ponto

de vista da problemática atinente a questões de gênero – de se manter no ordenamento jurídico um tipo penal de textura tão aberta, sem clara referência ao seu âmbito de incidência⁴.

2. O DESENHO METODOLÓGICO DA PESQUISA

Ao nos debruçarmos sobre questões referentes à aplicação do artigo 233 do CP, nós nos voltamos ao Judiciário, mais precisamente à primeira instância paulista. Em janeiro de 2019, consultamos o banco de sentenças organizado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)⁵. Naquele portal, a opção “Ultraje Público ao Pudor (Ato/Escrito Obsceno)” foi selecionada na lista existente na ferramenta de busca contida no campo “Assunto”. Somamos a esse filtro os recortes temporais, abrangendo os anos de 2017 a 2020.

Finalizada essa primeira etapa, nós nos deparamos com duas dificuldades. A primeira: nem todos os arquivos continham a narrativa dos atos apontados como obscenos. Optamos por preservar o arquivo em nossa amostra, contanto que ele contivesse uma narrativa dos fatos que geraram a ação penal. Com o objetivo de não descartar potenciais fontes de informação para a nossa pesquisa, retornamos àqueles arquivos que se referiam ao artigo 233 do CP, mas que não continham exposições de fatos, e, utilizando os números dos processos cadastrados no Judiciário, procedemos à consulta processual em 1º grau⁶. Isso nos possibilitou ter acesso a documentos não disponibilizados no banco de sentença, o que ampliou a nossa amostra. A segunda dificuldade: havia diversos arquivos que se referiam ao mesmo processo. Para evitar a multiplicação de registros referentes ao mesmo caso, excluímos de nossa amostra as incidências repetidas.

Com isso, obtivemos 109 (cento e nove) casos em 106 (cento e seis) processos. Como definimos como “unidade de análise” a decisão judicial referente a uma pessoa, a diferença entre casos e processos decorre da existência de concurso de agentes. Assim, se, por exemplo, duas pessoas foram apontadas como responsáveis pelo crime de ato obsceno em concurso de agentes, e uma foi condenada e a outra cumpriu acordo de transação penal, estamos diante de dois casos – um referente à condenação, e outro, à extinção da punibilidade – em um mesmo processo.

Houve, ainda, decisão judicial que reconheceu a continuidade delitiva (crime continuado)⁷ no caso de um homem que teria cometido ato obsceno por se masturbar em locais

4. A expressão “textura aberta”, retirada de Hart (2011, p. 137-149), diz respeito à incerteza e, no limite, à indeterminação da carga semântica referente à expressão “ato obsceno”. Este texto apontará os problemas decorrentes da textura aberta no âmbito do direito penal.

5. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/]. Acesso em: 13.01.2023.

6. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do]. Acesso em: 13.01.2023.

7. Artigo 71 do Código Penal: “Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.”

públicos. A sentença, que absolveu impropriamente o réu, abarcou fatos constantes de dois processos que integram a nossa amostra. Entendemos que seria melhor considerar os dois processos como *um só caso*, considerando o instituto do crime continuado⁸.

Por meio da análise de conteúdo, pudemos realizar uma incursão nos documentos de modo a observar os sentidos atribuídos ao “ato obsceno” a partir tanto da elaboração de uma categorização das modalidades de conduta que apareceram em nosso material empírico e que receberam alguma punição como da identificação de conceitos-chave mobilizados por juízas e juizes no momento de construção das fundamentações, fornecendo elementos aptos a compreender como o artigo 233 do Código Penal é interpretado e aplicado.

Salienta-se que os documentos que embasaram a pesquisa e a redação deste artigo não têm origem única. Alguns deles provêm do Judiciário, outros, de registros policiais ou de atuações do Ministério Público (MP). Por essa razão, embora nosso foco seja direcionado à atuação do Judiciário, optamos por sempre explicitar a origem das informações constantes neste texto⁹.

Além dos documentos judiciais, as análises e discussões desenvolvidas neste artigo se basearam em um conjunto de textos doutrinários. Para a seleção dos(as) autores(as), adotamos como critério aqueles(as) que se dedicam ou se dedicaram a compreender o tipo penal de ato obsceno e seus elementos constituidores presentes na legislação brasileira. Entre as obras que apresentam grande veiculação e, por isso, notoriedade no campo do direito penal, ressaltamos a baixa quantidade de autoras, o que levanta, por si só, uma reflexão sobre a predominância, ainda, de ideias masculinas no campo. Contudo, dada a preocupação em travar considerações acerca das questões de gênero presentes nesse tipo penal, também buscamos textos escritos por mulheres.

A partir de investigações dirigidas a decisões judiciais e à produção doutrinária sobre o crime de ato obsceno, pudemos compor o quadro do “estado da arte” do tratamento concedido ao delito em questão e, com base nisso, apresentamos nossas reflexões sobre o problemático papel cumprido pelo artigo 233 do Código Penal.

3. MODALIDADES DE ATO OBSCENO NO SISTEMA DE JUSTIÇA PAULISTA

Entre as modalidades de ato obsceno identificadas na pesquisa, a mais frequente é a masturbação em público (42 incidências), seguida de exibição de órgão sexual (29 incidências). As demais modalidades são as seguintes: nudez (10 incidências); sexo e sexo oral em público (nove incidências); urinar em público (sete incidências); exibição de órgão sexual combinada com masturbação em público (três incidências); encostar o órgão sexual em uma mulher (duas incidências); exibição dos seios (duas incidências); abuso de animal (duas incidências); exibição de órgão sexual combinada com urinar em público

8. Trata-se dos Processos 0015592-10.2016.8.26.0007 e 0010330-79.2016.8.26.0007.

9. As citações a trechos dos documentos judiciais ao longo do artigo serão feitas de modo a ocultar possíveis identificações das pessoas mencionadas, com a indicação “[nome ocultado]”, a fim de garantir o anonimato.

(uma incidência); encostar o órgão sexual em uma mulher combinado com masturbação em local público ou aberto (uma incidência); e gestos com língua e indicação do próprio órgão sexual (uma incidência).

Quanto às pessoas apontadas como responsáveis pelo crime de ato obsceno, 104 (cento e quatro) eram homens (95,41%), e somente cinco eram mulheres (4,58%) – salienta-se que houve dois processos em que homens e mulheres foram acusados por supostamente terem praticado em concurso de agentes o crime em questão.

No tocante aos desfechos judiciais dos 109 casos, a Tabela 1 infra mostra a recorrência de condenações e de decisões de extinção de punibilidade.

Tabela 1 – Resultados: número de ocorrências e porcentagens

Resultado	Número de ocorrências	Porcentagem
Condenação	45	41,28%
Extinção da punibilidade	39	35,77%
Absolvição	18	16,51%
Absolvição Imprópria ¹⁰	3	2,75%
Processo em andamento	2	1,83%
<i>Abolitio Criminis</i> ¹¹	1	0,91%
Suspensão condicional do processo	1	0,91%
Total	109	100%

A partir da apresentação dos dados gerados por meio de nossa pesquisa, passamos às considerações que visam integrar o direito proposto pela doutrina e o direito produzido no Judiciário. Com isso, apresentamos um retrato do lugar ocupado pelo crime de ato obsceno nas práticas do sistema de justiça penal e, a partir de tal retrato, construímos nossas críticas dirigidas tanto à previsão do crime no Código Penal quanto à sua aplicação pelas autoridades do sistema de justiça.

10. No Processo 0003737-03.2016.8.26.0664, o réu foi submetido a uma medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo prazo mínimo de um ano. Já no Processo 0001457-85.2015.8.26.0408, foi imposto o tratamento ambulatorial por, no mínimo, um ano. No Processo 0010330-79.2016.8.26.0007, ao réu foi imposta internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. A esse processo, foi apensado outro, de n. 0015592-10.2016.8.26.0007. O motivo do apensamento foi o reconhecimento de continuidade delitiva (crime continuado). Neste trabalho, entendeu-se que os dois casos que foram reunidos pelo instituto do crime continuado deveriam ser contados como um só.

11. Trata-se do Processo 1500405-79.2018.8.26.0050, em que o julgador entendeu se tratar de conduta que seria enquadrada no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, já então extinta pela Lei 13.718/2018.

4. DOS BONS COSTUMES AO SEXO: UM SOBREVÃO PELAS NORMAS E IDEIAS DOS SÉCULOS XIX E XX

Conforme destacamos na introdução deste artigo, uma das questões que o caso da manifestante criminalmente condenada despertou foi “o que vem sendo definido como ato obsceno”? A doutrina penal é um ponto de partida na busca por respostas a essa pergunta, pois ela se constitui na formação de conhecimento dogmático sobre um crime inserido no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo, o que proporcionou a produção de quantidade considerável de escritos sobre o tema.

O crime de ato obsceno está previsto no Capítulo VI “Do ultraje público ao pudor”, sendo uma herança de antigas leis penais que utilizaram o aparato penal como censor de uma certa concepção de “moral e bons costumes”. Desde as primeiras formulações, na virada do século XVIII para o XIX, essas normas mobilizavam os termos “pudor” e “obsceno” que, etimologicamente, reenviam à ideia de vergonha, lama, imundice¹². A associação, pela moral, do sexo à vergonha e à sujeira fez com que o sentido do pudor e do obsceno estivesse, desde sempre, ligado à sexualização.

Hungria e Lacerda (1959, p. 310) atribuem à legislação francesa a inserção do “ultraje público ao pudor” na esfera criminal, pois, até então, “ainda não fora nitidamente elaborada a noção de pudor coletivo, como um bem imaterial tutelável por si mesmo”. Essa lei francesa, de 1791, previa pena de multa e de prisão “a quem atentasse publicamente contra os costumes, mediante ultraje ao *pudor das mulheres*, atos desonestos, exposição de imagens obscenas” (grifos nossos)¹³. Anos mais tarde, o Código Penal francês de 1810 passa a prever, no artigo 330 que “[...] quem cometer um ultraje público ao pudor será punido de com pena de prisão de três meses a dois anos” e de multa.

O jurista René Garraud, em seu Tratado de 1924, quando ainda vigorava o dispositivo¹⁴, esclarece que esse crime “é essencialmente ligado à publicidade dos atos impudicos ou obscenos, de natureza ofensiva ao pudor” ao qual se relaciona à “satisfação do instinto sexual” (GARRAUD, 1924, p. 2076). E, mais à frente, ilustra os atos impudicos ou obscenos referindo-se aos “atos sexuais, normais ou anormais, que ocorram em espaço público ou em lugar insuficientemente escondido do olhar de todos” (GARRAUD, 1924, p. 2077).

No direito penal brasileiro, a criminalização de atos ofensivos à “moral pública” e “aos bons costumes” aparece já em nossa primeira codificação, o Código Criminal do Império, de 1830. Os artigos 279 e 280 referem-se a objetos e ações, utilizando o advérbio “evidentemente” para qualificar a ofensa à moral e aos bons costumes¹⁵.

12. Consulta ao Dicionário Etimológico. Disponível em: [etimo.it]. Acesso em: 14.11.2019.

13. Tradução livre de dispositivo citado em Garraud (1924, p. 2075).

14. O dispositivo permaneceu em vigor, com alteração somente nas penas, até a promulgação do Código francês de 1994 que o substituiu pelo crime de “exibição sexual”. De acordo com Kombila (2017), o novo dispositivo buscou justamente eliminar o caráter vago do “atentado público ao pudor”.

15. Parte Quarta (Dos Crimes policiais), no Capítulo I (Offensas da religião, da moral, e bons costumes): Art. 279. *Offender evidentemente a moral publica*, em papeis impressos, lithographados, ou gravados,

O Código Penal de 1890, por sua vez, deu nova redação aos dispositivos. Manteve a ideia de ofensa aos “bons costumes” e a menção ao caráter público, mas especificou tratar-se de atos ou gestos obscenos que mesmo “sem ofensa à honestidade individual da pessoa, ultrajam e escandalizam a sociedade” (grifos nossos)¹⁶. Comentadores como João Vieira de Araújo (2004, p. 399) e Oscar de Macedo Soares (2004, p. 579) dedicam pouquíssimos parágrafos ao crime em questão. Nenhuma palavra sobre o significado e o alcance dos elementos centrais do tipo penal (obsceno, pudor), tampouco exemplos de condutas ou decisões judiciais, como ambos fazem no decorrer de toda a obra¹⁷. No entanto, alguns anos depois da promulgação do Código, em 1894, Francisco José Viveiros de Castro, professor e desembargador no Rio de Janeiro, publica o livro *Atentados ao Pudor* com o subtítulo “Estudos sobre as aberrações do instituto sexual”¹⁸. Imerso no saber criminológico da época, marcadamente positivista, Viveiros de Castro apresenta um amplo catálogo do que coletou na literatura europeia e em processos judiciais no Brasil: “exibicionistas”, “necrófilos”, “sátiros”, “pederastas”, “incestuosos”, “hermafroditas”, além de capítulos inteiros destinados à “lubricidade senil”, ao “amor azoofílico”, à “bestialidade”. Nas palavras do autor “[t]odos os dias os jornais referem atos contra o pudor que levantam um sentimento de indignação pública contra os seus autores. A justiça os pune, a sociedade os estigmatiza e eles têm para sempre gravada em sua vida a terrível sentença do inferno dantesco”¹⁹.

ou em estampas, e pinturas, que se distribuírem por mais de quinze pessoas, e bem assim a respeito destas, que estejam expostas publicamente á venda. Penas – de prisão por dous a seis mezes, de multa correspondente á metade do tempo, e de perda das estampas, e pinturas, ou na falta dellas, do seu valor.

Art. 280. Praticar qualquer acção, que na opinião publica seja considerada como *evidentemente offensiva da moral*, e bons costumes; sendo em lugar publico. Penas – de prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo. (grifos nossos) Mantivemos a grafia original, em nota de rodapé, para os textos de época.

16. O Título VIII (Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor), Capítulo V (Do ultraje publico ao pudor), previa, no art. 282: Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade: Pena – de prisão cellular por um a seis mezes.
17. Soares (2004 [1910], p. 579) chega a transcrever uma sentença que, sobre os fatos, limita-se a dizer que os réus (um casal) foram denunciados “por terem na noite de 2 do corrente, praticado no corredor de um prédio da rua Visconde do Rio Branco, os atos ofensivos da moral e atentatórios do pudor, minuciosamente descritos na denúncia [...]”.
18. Consultamos a 4ª edição, publicada em 1943 pela Editora Freitas Bastos. No prólogo à 2ª edição, o autor relata a repercussão da obra oferecendo elementos que contribuem para compreender a timidez dos comentaristas do Código de 1890. Diz Viveiros de Castro que a publicação de seu livro foi “um verdadeiro sucesso de escândalo” e que “[a]firmavam que era um livro pornográfico, de uma obscenidade revoltante, escrito para deleite dos devassos e excitação de velhos impotentes”. E se defende, esclarecendo que se manteve “[c]almo, com a tranquilidade que me dava a consciência de haver escrito uma obra sob um critério rigorosamente científico e com um fim humanitário (...)”. Ver Castro (1943, p. XI).
19. Com relação aos “exibicionistas”, o caráter sexual está claramente contido na definição apresentada pelo autor. Refere-se “a esta classe de indivíduos que sentem um estranho prazer, uma necessidade

Com o advento do Código Penal de 1940, mais uma alteração foi realizada no dispositivo, tornando-o sintético como transcrevemos no início dessa seção: “praticar ato obsceno em lugar público”. Naquele momento, o capítulo sobre “ultraje público ao pudor” estava inserido no título “crime contra os costumes”, ainda que a própria exposição de motivos reconheça que, sob esse título, “cuida o projeto dos crimes que, de modo geral, podem ser também denominados *sexuais*” (grifos do original)²⁰.

De fato, desde as formulações iniciais do dispositivo, é disso que se trata. Intérpretes doutrinadores contemporâneos igualmente entendem como ato obsceno “aquele que ofende o pudor público, vinculado à sexualidade” (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JR.; DELMANTO, 2010, p. 724) ou, ainda, “uma conduta positiva do agente, com conteúdo sexual, atentatória à liberdade sexual, em menosprezo à vontade da vítima” (PRADO, 2017, p. 252).

Outros doutrinadores se alinham a esse entendimento, como é o caso de Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 914), que traz expressões como “conduta indecorosa, tendo sentido sexual”, ou mesmo “ofender o sentimento de recato, resguardo ou honestidade sexual de outrem”. Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2010, p. 454), por sua vez, definem a prática como um “ato impudico, que tenha qualquer característica sexual em sentido amplo, real ou simulado, atraindo com o sentimento médio de pudor” e que, embora não se refira à atividade sexual, “envolvem órgãos a ela referentes”. Cezar Roberto Bitencourt (2018a, p. 230) sustenta que “só pode ser ato obsceno aquele que se refira à sexualidade”, por meio de um “comportamento indecoroso”. Rogério Greco (2018, p. 893) também estabelece como configuradora do ato obsceno “as expressões corporais, com conotação sexual”.

A respeito dessa noção de obscenidade, alguns doutrinadores ressaltam a diferença de condutas de cunho verbal, que não se amoldam ao tipo penal em questão. Para Bitencourt (2018a, p. 230), por exemplo, a ação tipificada é praticar ato obsceno, “não o caracterizando a manifestação verbal obscena”. Os exemplos fornecidos pela doutrina são outras fontes que traduzem a vinculação entre o *ato obsceno* e o *caráter sexual da conduta*. Nesse sentido, são figuras exemplificativas na doutrina penal: “a pessoa que mostra o seu órgão sexual em público para chocar e ferir o decoro de quem presencia a cena” (NUCCI, 2018, p. 914); “prática de masturbação, bolinação em público, chispada (ou *streaking* – andar ou correr desnudo)” (PRADO, 2017, p. 252); “apresentação pública de pessoas oferecendo serviços de prostituição ou de travestis, desde que em estado de nudez”, bem como “o ato de urinar em local público” (SILVEIRA, 2017, p. 676) – nota-se, neste último exemplo, a atribuição de caráter sexual mesmo ao ato de satisfação de uma necessidade fisiológica (urinar).

Apesar do entendimento doutrinário exposto até este ponto, é necessário salientar que problemas podem surgir na definição de critérios para identificar o caráter sexual de certas

violenta, irresistível em exibirem seus órgãos sexuais às mulheres, sem convite para a cópula, sem outro resultado senão o de afrontar o pudor público” (CASTRO, 1943, p. 2).

20. Exposição de Motivos do Código Penal, item 69. Com a reforma promovida pela Lei 12.015/2009, deixa-se de fazer referência aos “costumes” e o título passa a ser denominado “crimes contra a dignidade sexual”.

condutas supostamente obscenas. Luiz Regis Prado (2017) pondera que, embora se faça necessária a presença da conotação sexual para a configuração do ato obsceno, não serão todas as condutas que se amoldarão nesse tipo penal, já que a conotação sexual pressupõe uma *tendência lasciva*²¹:

“Embora ato obsceno se revista de natureza sexual, nem toda conduta amolda-se ao tipo penal, tais como o ato de micção, a ventosidade intestinal, a dejeção, o casual nudismo em praia ou em praça pública (diante de eventual e fortuita pessoa) etc. *Tem-se que ato obsceno vem a ser todo ato lúbrico ou libidinoso que tem implícito uma referência à tendência subjetiva com a qual se realiza a conduta. Esta tendência lasciva consiste em excitar ou satisfazer impulso sexual próprio ou alheio.*” (PRADO, 2017, p. 252, grifos nossos).

No trecho supratranscrito, observa-se a busca pela delimitação do âmbito de incidência do artigo 233 do CP. Ainda assim, nota-se a dificuldade em limitar os significados de *ato obsceno*: expressões como “tendência lasciva” hábil a “excitar ou satisfazer impulso sexual próprio ou alheio”, embora sejam úteis a algum delineamento das características do delito, não são capazes de eliminar questões importantes relacionadas à aplicabilidade da regra penal. Como exemplo dessas dificuldades, podemos pensar em uma pessoa (homem ou mulher) que anda nua em via pública, sem ter qualquer tipo de realização de um “impulso sexual” por meio dessa conduta – pode ser um tipo de protesto ou uma *performance*. Contudo, isso não impede que outra pessoa (um observador) fique excitado com a visão de um corpo nu em via pública.

Em um caso como esse, qual seria a fundamentação dogmática para a configuração do delito de ato obsceno? Se aceitarmos o entendimento de que a excitação sexual do observador é suficiente para a configuração do crime, afirmaremos que a *representação* de uma pessoa referente a uma conduta alheia é o elemento definidor da relevância penal de determinado fato. Essa representação é contingente e absolutamente subjetiva – até porque as pessoas podem se excitar independentemente da nudez. A aplicabilidade da regra dependeria radicalmente de uma reação psicológica e/ou fisiológica de quem observa (excitar-se ou não diante de determinada cena). A dependência de um elemento tão contingente e de difícil verificação para fins probatórios torna problemática a vinculação do crime de ato obsceno à ideia de conotação sexual – isso sem discutir ainda se o direito penal deveria se importar com a excitação das pessoas.

Com esse exemplo, buscamos demonstrar a dimensão *semântica* do problema de definição do crime previsto no artigo 233 do CP. A referência ao caráter sexual somente adicionou um degrau ao desafio de delimitação do âmbito de incidência: se antes tínhamos de definir “ato obsceno”, agora precisamos definir “ato obsceno” e “conotação (caráter, natureza) sexual”. Uma saída proposta na doutrina para contornar o problema é a busca de um sentido ou de um sentimento social de pudor, que possibilitaria a objetivação das expressões

21. Segundo Prado (2017, p. 254), o crime de ato obsceno é caracterizado por uma “tendência interna intensificada”.

“ato obsceno” e “conotação (caráter, natureza) sexual”, presentes na doutrina e na jurisprudência sobre o artigo 233 do CP. Essa ideia será explorada a seguir.

5. O PUDOR PÚBLICO COMO FICÇÃO: O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 233 DO CP

Para abordarmos algumas questões sobre o bem jurídico tutelado pelo artigo 233 do CP, é útil termos em mente o exemplo utilizado no item anterior (a pessoa que caminha nua em via pública e é avistada por alguém), porque ilustra como é difícil verificar os elementos psicológico e fisiológico que traduzem o efeito sexual sobre o sujeito ativo ou sobre qualquer observador(a). Por isso, a construção dogmática concernente ao bem jurídico tutelado está presente na doutrina, com o fim de tornar objetivo aquilo que, até o momento, é notadamente subjetivo. Neste ponto, adiantamos que nossas referências a expressões como “pudor coletivo”, “moralidade coletiva” e afins são destinadas a apresentar ao leitor os usos de termos específicos pela doutrina penalista e pelo sistema de justiça criminal. Não pretendemos fornecer subsídios para a sustentação da utilidade de tais expressões – pelo contrário, entendemos que as construções sobre o bem jurídico tutelado pelo artigo 233 do Código Penal são inadequadas e merecem ser criticadas.

A categoria dogmática *bem jurídico* traduz os “interesses juridicamente protegidos, com o que se quer referir à manutenção de determinadas funções irrenunciáveis ao convívio social conforme à Constituição e à posição que ocupa a liberdade de cada um dos cidadãos” (RENZIKOWSKI, 2017, p. 36 – nota de rodapé foi suprimida)²². Segundo a doutrina, a consolidação de interpretação concernente a determinado “bem jurídico” teria o potencial de estabelecer “um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico” (PRADO, 2003, p. 60).

No caso do crime de ato obsceno, o bem jurídico frequentemente apontado pela doutrina é o *pudor público* ou a *moralidade pública (coletiva)*²³. Sobre esse ponto, Bitencourt (2018a, p. 229-230) oferece a seguinte explicação:

“Para definir pudor público é necessário considerar os hábitos sociais, os costumes locais, que variam com muita rapidez no tempo e no espaço, não só em um mesmo povo mas inclusive em uma mesma cidade. As liberalidades concedidas na atualidade são infinitamente superiores às permitidas quando entrou em vigor o Código Penal de 1940. Por outro lado, condutas admitidas em determinados ambientes são absolutamente reprováveis em outros, ainda que os elementos sejam os mesmos. A nudez completa exibida nos carnavais cariocas, as minibiquínis utilizados nas praias brasileiras dão bem uma ideia da prática de atos que, em outras circunstâncias, seriam considerados obscenos.”

22. Joachim Renzikowski (2017), além de apresentar uma das versões tradicionais de definição de bem jurídico, também procede a uma análise crítica da dogmática alemã sobre o tema.

23. Cf. Delmanto, Delmanto, Delmanto Jr. e Delmanto (2002, p. 496); Nucci (2012, p. 877); Silveira (2017, p. 676); Bitencourt (2018, p. 229); Noronha (2003, p. 249).

A contribuição do autor implica o seguinte: a vida em sociedade pressupõe algum grau de consenso moral sobre “hábitos sociais” e “costumes locais”, que formam a noção de pudor público (moralidade coletiva). Dessa forma, a norma social que dita a aceitabilidade de condutas em público teria seu fundamento e seus critérios de correção na dimensão – não sujeita a ser apreendida objetivamente – da moralidade supostamente consensual de determinada comunidade²⁴.

Philippe Nonet e Philip Selznick (2017, p. 47-49) sustentam que ordens jurídicas marcadas, principalmente, por dispositivos e práticas institucionais voltadas à repressão podem abarcar o que os autores denominam “moralismo jurídico”. Segundo os autores, por meio de enunciados normativos vagos como a “proibição da obscenidade”, busca-se preservar a suposta identidade comunitária constituída pela moralidade, sendo o direito penal o principal instrumento na tarefa de reprimir os “ataques contra a consciência comum” (NONET; SELZNICK, 2017, p. 47). A aplicação do artigo 233 do CP, fundamentada na proteção ao pudor público, enquadra-se no que os autores chamam “moralismo jurídico”: trata-se de um mecanismo de defesa social contra supostas agressões à coesão moral da sociedade, um instrumento de repressão em prol da quimérica uniformização de condutas pudicas.

Note-se que a proposta de Bitencourt (2018a, p. 229-230) tem o objetivo de se referir àquilo capaz de ser tido como *objetivamente errado* (repudiável, criticável) em uma comunidade. Com isso, não se pretende dizer que o autor tem êxito na determinação de tal “objetividade”, mas, sim, que, conforme a nossa interpretação da sua proposta, o caráter objetivo seria extraído do comportamento generalizado com relação a certas condutas – por exemplo, é factível supor que a larga maioria das pessoas repudia o homicídio, o estupro e a masturbação exibicionista. Porém, no tocante ao crime de ato obsceno, há dúvidas quanto aos limites da suposta convenção social capaz de tornar “objetivável” o juízo sobre a obscenidade. Edgard Noronha (2003, p. 249) sustenta que “[o] convívio em sociedade exige da pessoa certo comportamento sexual, circunscrito por determinados limites, os quais são ditados pelos bons costumes, que são normas de conduta coletiva, na vida sexual, através dos tempos”. Com esse apontamento em mente, podemos, por um lado, imaginar certas condutas que, provavelmente, causariam algum tipo de choque – a masturbação em público é um exemplo nesse sentido. Entretanto, também podemos imaginar situações em que os ditames da convenção social sobre comportamento em público não podem ser pressupostos como elementos determinantes na configuração do crime, justamente porque, objetivamente, haveria forte dissenso sobre a obscenidade da conduta – a mera nudez, por exemplo, suscitaria debates e divergências relevantes. Ademais, é possível pensar em momentos de ruptura com antigos padrões de conduta, nos quais comportamentos antes repudiados

24. É o que se depreende de afirmações como a seguinte: “Embora toda pessoa seja dotada de pudor, um sentimento de vergonha produzido ‘pelo que pode ferir a decência’, existe o que se denomina o pudor coletivo, aquele que atende ou está em conformidade com os costumes vigentes em determinado lugar e durante determinado tempo. [...] Quando um fato não obedece às regras costumeiras observadas pela grande maioria dos cidadãos, ofende a moralidade média da coletividade, merecendo repressão.” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 453.)

passam a ser vistos por uma parcela da população como aceitáveis, enquanto outra parcela permanece com a antiga postura de repúdio. Nessas situações, qual o norte interpretativo apto a guiar a aplicação da regra penal que prevê o crime de ato obsceno?

Pode-se dizer que a doutrina sobre a proteção do bem jurídico por meio da previsão contida no artigo 233 do CP se refere a uma categoria fictícia como se ela fosse um fato bruto, algo objetivamente identificável como um atentado à sociedade. Porém, a alusão a esse suposto elemento social denominado “pudor público” ou “moralidade pública” não se mostra útil em casos que se encontram submetidos a divergências morais, porque, conforme sustentado por Jeremy Waldron (1999, p. 186-187), não existem *atos morais* capazes de guiar decisões judiciais. Em outras palavras, em casos de divergência moral sobre a correção de uma conduta, não existe uma dimensão da moralidade coletiva que funcione como critério objetivo para a aplicação do artigo 233 do CP²⁵.

Estas considerações objetivam evidenciar que a construção dogmática concernente ao bem jurídico “pudor público” não é capaz de resolver as dificuldades de aplicabilidade do artigo 233 do CP, porque não elimina ou reduz as imprecisões semânticas decorrentes daquele dispositivo legal. Salienta-se que pelo menos uma parte do problema aqui apresentado também foi notado na doutrina. Silveira (2017, p. 676) reconhece que “ao pretender uma proteção acerca da moralidade pública, ou mesmo do pudor público, verifica-se uma real dificuldade de legitimidade do tipo penal em questão, uma vez que tais elementos, de caráter absolutamente subjetivo, mostram-se por demais variáveis”. Busato (2017, p. 994), por sua vez, considera “muito estranh[a]” a persistência de um delito que “diz respeito única e exclusivamente a um padrão moral ótimo desde o ponto de vista do pudor sexual”²⁶. Por outro lado, é necessário apontar que há divergência doutrinária sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de ato obsceno, apesar de o pudor ou a moralidade pública serem frequentemente citados. Prado (2017, p. 251) sustenta que a previsão penal “visa a proteger a liberdade sexual”, porém, o próprio autor apresenta uma ressalva a sua proposta, considerando “[a]specto digno de nota [...] o caráter nitidamente vago, de difícil apreensão, do bem jurídico penal” (PRADO, 2017, p. 252). Entendemos que Prado visava vincular a configuração do delito à submissão de uma pessoa (a vítima) a uma situação sexualmente constrangedora e ofensiva à liberdade, que foi imposta contra a sua vontade – por exemplo, o ato de um homem consistente em perseguir uma mulher na rua para mostrar a ela o pênis.

-
25. Consideramos especialmente relevante para as reflexões deste trabalho o que foi exposto por Waldron (1999) no oitavo capítulo de “Law and Disagreement”, intitulado “The Irrelevance of Moral Objectivity”. Em linhas gerais, o autor afirma ser necessário dedicar atenção às questões atinentes a divergências morais, mas sem utilizar como base algum tipo de referência jusnaturalista a um fato moral que serviria como critério de correção para decisões judiciais. No caso deste trabalho, entendemos que algumas construções doutrinárias se referem a uma entidade amorfa e fictícia (o “pudor público”) como se ela fosse um *fato moral* capaz de orientar a aplicação do artigo 233 do CP.
26. Adiante, com a apresentação dos resultados da pesquisa jurisprudencial na primeira instância paulista, veremos que críticas como essas são especialmente relevantes, dada a abrangência concedida ao campo de incidência do artigo 233 do CP, que abarca, na prática judicial, desde condutas consistentes em algum tipo de assédio sexual até a mera nudez ou o ato de urinar em público.

Ainda assim, se interpretarmos sistematicamente o ordenamento jurídico penal, podemos concluir que esse tipo de conduta seria mais bem enquadrado no artigo 215-A do CP, que, desde 2018, prevê o crime de importunação sexual²⁷. Assim, este artigo não argumenta que todas as práticas atualmente punidas por meio da aplicação do artigo 233 do CP devam ser juridicamente aceitas²⁸, mas, sim, que o âmbito de incidência do dispositivo é demasiadamente amplo e, por isso, a repressão estatal é levada a níveis que não devem ser aceitos em nossa ordem constitucional, cabendo a utilização do artigo 215-A do CP para condutas mais graves nele enquadráveis.

A ideia presente nas decisões judiciais que contêm menções ao bem jurídico tutelado pode ser traduzida pelo seguinte excerto: “[o] ato obsceno se tipifica quando o agente, em lugar público, ou aberto ou exposto ao público, exprime manifestação corpórea, de cunho sexual, que ofende o pudor público, tendo como bem jurídico protegido a moralidade pública”²⁹. Geralmente, os julgados citam elementos contidos no enunciado do artigo 233 do CP e reproduzem a seguinte ideia presente na doutrina: o ato obsceno é um atentado contra o pudor público (moralidade coletiva). Nesse sentido, encontramos afirmações que se reportam à já mencionada dimensão na qual se presume o consenso (a convenção social) sobre valores a serem preservados em uma sociedade: “[a]o tipificar a conduta do ato obsceno, visa o legislador proteger o sentimento de moralidade sexual, ou pudor público, vigente numa sociedade em determinado momento”³⁰.

Quanto à ofensa ao bem jurídico, verificamos que, em alguns casos, a afirmação da ofensa ao bem jurídico é acompanhada da observação de que o ato obsceno foi presenciado por alguém – ainda que se trate de um grupo de pessoas não individualizadas nas decisões judiciais –, como se a lesão ao bem jurídico dependesse, efetivamente, da presença de uma vítima ou de um grupo:

“[...] não há dúvidas da prática do crime previsto no artigo 233 do Código Penal, haja vista que a vítima e testemunha confirmaram que o acusado se masturbava em local exposto

27. Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

28. Este artigo apresenta argumentos segundo os quais o artigo 233 do CP deve ser considerado inconstitucional. Nesta passagem, o que pretendemos comunicar é que, apesar de sustentarmos a necessidade da retirada do referido dispositivo do ordenamento jurídico, ainda assim algumas condutas atualmente abarcadas pelo crime de ato obsceno – como a masturbação em frente de mulheres em vias públicas – devem continuar a gerar consequências jurídicas, por constituírem assédio. Ademais, embora este não seja um ponto para este trabalho, observa-se que as consequências jurídicas não *precisam* ser penais, já que a reprovação a certos comportamentos pode ocorrer por outras vias do direito.

29. Sentença no Processo 0035741-31.2015.8.26.0114, Comarca de Campinas, disponibilizada em 21.12.2017.

30. Sentença no Processo 0002081-69.2017.8.26.0019, Comarca de Americana, disponibilizada em 18.10.2018.

ao público, pois abria a porta de sua residência, ofendendo o bem jurídico tutelado pela norma, qual seja, o pudor público.”³¹

“[...] forçoso reconhecer que o acusado, ao expor seu órgão genital e se masturbar, em local público e na presença de inúmeras pessoas que praticavam caminhada, perseguindo-os posteriormente, ofendeu a moralidade coletiva, incidindo no tipo penal em questão.”³²

“Verifico que a conduta do acusado se enquadra devidamente na tipificação penal na medida em que colocou seu órgão sexual à mostra no quintal da residência, cujo portão era de grade e as pessoas que transitavam pela calçada e rua o avistavam, provocando, assim, vergonha nos transeuntes e ferindo o pudor público.”³³

“[...] não havia muitas pessoas no local e ninguém reclamou diretamente sobre os fatos a ele. Verifica-se, assim, da prova produzida, que insuficiente a comprovar o ato obsceno, pois além de ninguém ter presenciado a ação, o local onde teria sido praticado, se em meio a pessoas ou em local isolado, ou mesmo se tal ato foi presenciado por alguém, não estão delineados nos autos, não autorizando a condenação e impondo como consequente, a absolvição por insuficiência de prova da ocorrência do delito atribuído ao réu.”³⁴

Esse tipo de posicionamento indica que o Judiciário recorre ao apontamento de vítimas individualizadas ou de grupos de pessoas para afirmar a ofensa ao bem jurídico. Vale destacar o entendimento adotado por um magistrado, para quem as circunstâncias nas quais a conduta se realizou, tendo sido em local “movimentado”, justificaria a necessidade de majoração da pena, por ocasionar maior violação ao bem jurídico tutelado:

“[...] as circunstância [sic] do crime do art. 233 devem ser sopesadas em desfavor da parte; o crime foi praticado durante o fim de semana, em local de muito movimento onde famílias se reúnem para o lazer; essas circunstâncias revelam maior violação do bem jurídico tutela e recomendam a majoração da pena.”³⁵

Notamos, também, manifestações parcialmente em consonância com o já mencionado posicionamento de Prado (2017, p. 251-252), para quem o crime previsto no artigo 233 do CP visa à proteção da liberdade da vítima.

“O objeto jurídico do crime em tela é o pudor público, além dos bons costumes, a moralidade pública ou o pudor individual e os conceitos de “moralidade pública”, “pudor

31. Sentença no Processo 0000866-72.2017.8.26.0564, Comarca de São Bernardo do Campo, disponibilizada em 14.08.2018.

32. Sentença no Processo 0004809-70.2013.8.26.0101, Comarca de Caçapava, disponibilizada em 09.05.2018.

33. Sentença no Processo 0004106-12.2014.8.26.0229, Comarca de Hortolândia, disponibilizada em 06.03.2018.

34. Sentença no Processo 0005899-40.2014.8.26.0114, Comarca de Campinas, disponibilizada em 11.05.2018.

35. São Paulo (Estado). Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Bragança Paulista. Sentença no Processo 0000990-63.2015.8.26.0099. Magistrado: Juan Paulo Haye Biazevic.

público” e “bons costumes” têm em seu âmago, inexoravelmente, o ser humano, uma vez que o cidadão que tem o direito de presenciar atos pornográficos tão-somente se assim o desejar, não podendo ficar exposto caso assim não deseje.”³⁶

A consonância é somente *parcial*, porque, diferentemente do sustentado por Prado (2017), a decisão judicial não afirma que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da vítima. Ainda assim, a partir da premissa de que somente o desejo de uma pessoa pode licitamente levá-la a presenciar “atos pornográficos”, a sentença é fundamentada na *violação da livre vontade* da vítima, fator que é colocado em posição de destaque entre as circunstâncias para a configuração do crime.

Uma possível chave de análise para as questões suscitadas pelo estudo referente ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal ora estudado se baseia na afirmação de que o “pudor público” (“moralidade pública”) não possui referente no mundo real, enquanto na dimensão dogmática ele é vagamente – e insuficientemente – construído. A menção ao bem jurídico no discurso judicial cumpriria unicamente uma *função técnica*, ligando um número indeterminado de *atos condicionantes* (as possíveis condutas enquadradas em “ato obsceno”) às *consequências jurídicas condicionadas* (as diferentes formas de imposição de sanções penais, como a detenção, a multa e as penas restritivas de direitos)³⁷.

O vazio referencial de “pudor público” e de “moralidade pública” e a vagueza da construção dogmática em relação à categoria do bem jurídico penal tutelado pelo crime de ato obsceno contribuem para que a construção de discursos judiciais seja discricionária, abrangendo condutas muito distintas entre si, como a masturbação em público, a nudez desprovida de conotação sexual e o ato de urinar em via pública – a exposição mais detida das modalidades de conduta obscena encontradas em nossa amostra de decisões será feita adiante.

Uma hipótese a ser levantada é a de que as menções ao “pudor público” ou à “moralidade pública” são manifestações (α) de mera reprodução irrefletida de postulados doutrinários ou (β) de crenças e sentimentos de autoridades do sistema de justiça penal, notadamente juízas e juizes, que integram um grupo específico da sociedade e, por isso, reproduzem as percepções de tal grupo. Caso se aceite a hipótese β , seria possível atribuir às expressões “pudor público” e “moralidade pública”, referentes no mundo real, os elementos psicológicos (crenças, sentimentos) das autoridades³⁸.

A consequência disso é que, no tocante ao ato obsceno, os elos entre os fatos condicionantes e as consequências jurídicas condicionadas seriam expressões linguísticas (pudor,

36. Sentença no Processo 0000342-28.2017.8.26.0224, Comarca de Guarulhos, disponibilizada em 23.04.2018; Sentença no Processo 0013035-44.2017.8.26.0224, Comarca de Guarulhos, disponibilizada em 23.04.2018.

37. A ideia de um conceito semanticamente vazio (desprovido de referentes no mundo externo) funcionando como elo entre fatos condicionantes e consequências jurídicas condicionadas é retirada do artigo Tü-Tü, de Alf Ross (1957).

38. Não ignoramos que as autoridades do sistema de justiça penal (juízes, promotoras etc.) poderiam reproduzir elementos psicológicos largamente difundidos em grupos sociais.

moralidade, recato etc.) por meio das quais se traduz a racionalização de elementos psicológicos presentes em nossa sociedade e, especialmente, nas mentes dos agentes do sistema de justiça criminal, desde as autoridades policiais até aquelas dotadas de poder decisório final, os juízes e as juízas, que têm a oportunidade de projetar suas valorações morais em decisões judiciais por meio de construções ancoradas na dogmática penal. Ainda assim, a ausência de um referente externo à psique humana persiste, permanecendo também a incerteza sobre a utilidade das expressões “pudor público” e “moralidade pública” para a delimitação do âmbito de incidência do artigo 233 do CP.

6. VÍTIMAS REAIS OU FICTÍCIAS? O SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE ATO OBSCENO

A definição de sujeito passivo no que diz respeito ao crime do artigo 233 do CP é apresentada de três maneiras na doutrina penal consultada nesta pesquisa: (i) a vítima é a coletividade (Estado, sociedade etc.); (ii) a vítima é a pessoa que teve seu pudor lesado; e (iii) a vítima é a coletividade e a pessoa que teve seu pudor lesado.

Tendo em mente o que foi exposto no item anterior, pode-se dizer que o entendimento segundo o qual o pudor público é o bem jurídico tutelado está atrelado ao entendimento (i), que indica a “coletividade” como sujeito passivo no crime de ato obsceno³⁹. Com isso, a vítima seria uma ficção baseada em algum grau ideal de convenção social referente à homogeneidade da moralidade.

O entendimento (ii), por outro lado, é dotado do sentido oposto: a vítima é a pessoa que presenciou o ato obsceno e, com isso, teve um direito seu lesado. Como já mencionado neste trabalho, Prado (2017, p. 251-252) entende que o bem jurídico protegido pelo artigo 233 do CP é a liberdade sexual, e o sujeito passivo é a pessoa contra a “qual o autor impõe a vista de um espetáculo impudico”. No mesmo sentido é o posicionamento de André Estefam (2011, p. 227), que expressamente rejeita a tese (i) para afirmar que “sujeitos passivos da infração penal são as pessoas expostas ao ato de exibicionismo sexual; aqueles a quem a conduta agressiva atinge”.

Por último, a tese que busca combinar a visão metafísica de (i) com a proposta mais concreta de (ii). Essa terceira via pode ser exemplificada por Bitencourt (2018a, p. 230), para quem a vítima “é a coletividade, além de qualquer pessoa que eventualmente presencie o ato, que, nesse caso, também assume a condição de sujeito passivo”⁴⁰.

O estudo das decisões judiciais nos mostrou que a referência às pessoas expostas ao ato obsceno, com ou sem a utilização da palavra “vítima”, é recorrente no relato dos fatos que embasam o julgado. São exemplos os seguintes trechos:

“A testemunha [nome ocultado] declarou que cerca de trinta dias antes do ocorrido, logo após deixar sua filha na perua escolar e fechar o portão de sua casa, percebeu o

39. Cf. Delmanto *et al.* (2010, p. 724), Nucci (2018, p. 913).

40. No mesmo sentido, Greco (2018, p. 893), Mirabete e Fabbrini (2010, p. 454).

cachorro latindo muito e, ao olhar na direção da rua, avistou um indivíduo com o pênis a mostra e olhando em sua direção. Disse ter corrido para o interior de sua residência e lá permanecido. Afirmou que o fato se repetiu mais duas vezes, sendo que na segunda seu marido estava em casa, conseguiu seguir o indivíduo e anotar a placa de veículo por ele utilizado.”⁴¹

“O acusado, na fase policial, negou que estava se masturbando próximo às vítimas, todavia, as vítimas foram uníssonas em afirmar que ele estava se masturbando próximo ao palco onde crianças estavam fazendo aula de balé.”⁴²

Por outro lado, merece destaque o fato de termos em nossa amostra uma demonstração de como o elemento “sujeito passivo” poderia servir para distinguir entre o delito do artigo 233 do CP e a infração antigamente prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (LCP)⁴³, abolida pela Lei 13.718/2018:

“Tenho que a conduta descrita na denúncia não se amolda ao tipo penal do delito do artigo 233, do Código Penal. Com efeito, ao esfregar o pênis contra as nádegas de uma passageira, o Réu não terá procurado atentar contra o pudor público. Ao contrário, a conduta foi dirigida á [sic] pessoa da vítima, com o manifesto propósito lascivo e, com isso, flagrantemente apto a importunar de forma ofensiva ao pudor (individual, da vítima). A conduta se amoldaria ao disposto no artigo 61, da Lei das contravenções penais, em vigor ao tempo dos fatos. Ocorre que o artigo 3º, II, da Lei 13.718/2018 revogou expressamente o artigo 61, do Dec. Lei 3.688/41.”⁴⁴

No exemplo supra, o réu foi absolvido por ter dirigido sua conduta a uma pessoa específica, não à coletividade indeterminada. Salienta-se que, se os demais julgadores responsáveis pelas decisões que formam nossa amostra adotassem posicionamento idêntico, a incidência do artigo 233 do CP seria consideravelmente menor, porque, de forma geral, os atos tidos como obscenos foram levados ao Judiciário por terem sido presenciados pelas “vítimas” ou “testemunhas”. Atualmente, a mesma orientação pode ser adotada para distinguir entre os campos de aplicação do artigo 233 do CP e do artigo 215-A do CP⁴⁵.

41. Sentença no Processo 3018078-94.2013.8.26.0564, Comarca de São Bernardo do Campo, disponibilizada em 06.08.2018.

42. Sentença no Processo 0003737-03.2016.8.26.0664, Comarca de Votuporanga, disponibilizada em 13.07.2018. Nesse caso, houve absolvição imprópria, com determinação de medida de segurança consistente em internação em hospital psiquiátrico pelo prazo de um ano.

43. Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

44. Sentença no Processo 1500405-79.2018.8.26.0050, Comarca de São Paulo, disponibilizada em 04.12.2018.

45. Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

7. NECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO OBSCENO?

Outra questão suscitada sobre a dificuldade de estabelecer uma definição para o crime de ato obsceno diz respeito à (des)necessidade de dolo específico para a configuração do crime em questão, isto é, se, para a tipificação do ato previsto no artigo 233 do CP, haveria ou não a necessidade de verificação do elemento subjetivo específico consistente na vontade particular de chocar e ofender o bem jurídico tutelado (pudor público). A dificuldade da questão pode ser traduzida nas seguintes perguntas: uma conduta como a exposição do pênis é suficiente para a configuração do delito? Ou, para que se configure o crime, o sujeito ativo deve *querer* ofender o bem jurídico por meio da exposição de seu órgão sexual?

De acordo com Prado (2017, p. 254), o dolo “representa a vontade deliberada por parte do agente de praticar o ato obsceno nas condições expostas pela norma incriminadora”. O autor sustenta que o crime se configura ainda quando a conduta “seja perpetrada para desafogar a luxúria do agente, podendo até mesmo se caracterizar o delito com a prática da conduta por mero gracejo” (PRADO, 2017, p. 253).

Diferentemente, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 455) aludem à necessidade de *consciência da publicidade* ao definirem o dolo como “a vontade de praticar o ato, ciente o agente de que o faz em lugar público, aberto ou exposto ao público, não se exigindo uma finalidade erótica, de desafio da libido”, bastando que a conduta constitua uma ofensa ao pudor público em razão de seu caráter sexual.

No mesmo sentido, Bitencourt (2018a, p. 231, destaques no original) não entende como necessário “o elemento subjetivo do injusto, que seria o *especial fim de ofender* a moralidade e o pudor público”. Para o autor, basta que o agente “tenha a vontade consciente de praticar o ato obsceno em lugar público ou exposto ao público”, de modo que “a carga de subjetividade dessa infração penal esgota-se no próprio dolo, sem qualquer elemento subjetivo especial”.

Esses posicionamentos⁴⁶ estão em consonância com o que foi afirmado por Rogério Sanches Cunha (2016, p. 514): “de acordo com a maioria da doutrina, não se exige finalidade especial por parte do agente” para a configuração do ato obsceno⁴⁷. Nesse sentido, basta que a conduta seja tida como obscena para que o crime se configure, independentemente de a vontade do agente realmente ser voltada à ofensa do pudor público – em outras palavras, seria suficiente o dolo genérico.

Em que pese a posição majoritária da doutrina, Nucci (2018, p. 150) entende ser necessária a verificação do dolo específico, ao sustentar que “há tipos penais que demandam, expressamente, finalidades específicas por parte do agente, do contrário, não se realizam”;

46. No mesmo sentido, Delmanto (2002, p. 496) para quem basta o “dolo genérico” e Estefam (2011, p. 226), ao sustentar que “[n]ão se exige qualquer elemento subjetivo específico; em outras palavras, é desnecessário pretender o agente satisfazer a lascívia própria ou alheia”.

47. Busato (2017, p. 996) pondera que, sendo o tipo doloso, em situações nas quais o agente não teve qualquer controle sobre a perda de sua roupa, ocasionando a nudez, por exemplo, não há que se falar na configuração do crime de ato obsceno, conforme se verifica no trecho: “Não caracteriza o crime, por exemplo, a situação de ter que sair do mar nu, em plena praia cheia de veranistas, em função de o seu calção de banho, que estava frouxo, ter sido arrancado por uma onda.”

sendo, no crime de ato obsceno, “a vontade particular de ofender o pudor alheio” (NUC-CI, 2018, p. 914) – e, ao mencionar a ideia de pudor “alheio”, em vez de público, depreendemos que o posicionamento do autor se assemelha, nesse ponto, àquele de Prado (2017, p. 251-252).

A questão sobre a (des)necessidade de dolo específico no crime de ato obsceno não é facilmente respondida quando se constata, na prática judicial verificada na pesquisa, a existência de duas correntes decisórias: (i) a possibilidade de configuração do crime apenas pela existência de dolo genérico; e (ii) a necessidade de dolo específico na conduta do agente, traduzida na vontade particular de ofender o pudor público.

O posicionamento (i) é verificado em passagens de decisões como esta: “Observo, por oportuno, que, para a configuração do delito previsto no artigo 233 do Código Penal, basta a prática de qualquer ato indecoroso que fira o pudor ou a vergonha.”⁴⁸ Ainda, no tocante à necessidade somente do dolo genérico: “[...] não se exige do agente nenhuma finalidade especial, ou, ainda, qualquer conotação sexual na prática do ato, bastando que este seja vexatório ou transgressor das normas morais da sociedade.”⁴⁹

Por outro lado, o posicionamento (ii) também está presente em nossa amostra: “[p]ara a configuração do crime em exame, não basta o dolo, exigindo-se do agente o elemento subjetivo específico consistente na vontade particular de chocar e ofender o pudor alheio.”⁵⁰ Outro exemplo é retirado de um caso em que um homem foi processado por ter urinado em via pública:

“[é] de se ressaltar que o acusado estava urinando em público, tendo-o feito atrás de um poste, na tentativa de ocultar sua genitália da via pública. É certo que não o fez por querer se expor e provocar ato infame na rua, mas apenas devido ao estado em que se encontrava. Faltou a sua conduta o dolo específico necessário que ela requer para ser considerada crime.”⁵¹

Ressaltamos um caso em que a ausência de vítimas que pudessem ter presenciado o ato de masturbação – a constatação foi feita por meio de uma câmera de segurança – foi determinante para que o magistrado entendesse ser factível a explicação dada pelo réu de que não quis ofender o pudor público:

“Tal depoimento, no entanto, embora revele que objetivamente o réu tenha praticado ato obsceno, não afasta a explicação por ele dada, no sentido de que não quis ofender ultrajar [sic] o pudor público. É que, conforme se pode ver também do depoimento do policial militar ouvido, as únicas pessoas que teriam presenciado o réu com o pênis para fora foram a

48. Sentença no Processo 0004809-70.2013.8.26.0101, Comarca de Caçapava, disponibilizada em 09.05.2018.

49. Sentença no Processo 1545142-57.2016.8.26.0562, Comarca de Santos, disponibilizada em 19.04.2018.

50. Sentença no Processo 0009617-27.2013.8.26.0002, Comarca de São Paulo, disponibilizada em 04.10.2018.

51. Sentença no Processo 0073669-14.2015.8.26.0050, Comarca de São Paulo, disponibilizada em 24.05.2017.

testemunha [nome ocultado] e os mencionados funcionários da escola. Mas a observação dessa cena, pelo visto, deu-se por meio de uma câmara instalada na altura do portão da escola, o que leva a crer ser possível que o réu realmente expôs seu órgão genital não para exibi-lo perante alguma pessoa que por ali passava, mas sim para fazer suas necessidades fisiológicas, e não se deu conta de que podia ser visto por meio da câmara.”⁵²

Apesar de encontrarmos manifestações judiciais nos dois sentidos aqui expostos, permanece a dificuldade em se identificar critérios capazes de determinar com relativa segurança os elementos que caracterizam o dolo específico (posicionamento ii). Isso porque a afirmação de que o autor do delito deve ter o dolo de ofender a moralidade pública (pudor público), por si só, não é muito útil, já que não é possível verificar a motivação para a prática de um ato tido como obsceno. Pensemos na seguinte situação hipotética: um casal pode ser surpreendido em meio ao ato sexual, em um banheiro público, e essa conduta é considerada típica, antijurídica e culpável, levando à condenação de ambos. Porém, a rigor, a mera vontade de praticar o ato sexual em lugar público *não* é idêntica à vontade de lesar o pudor público – o casal pode ser completamente indiferente à moralidade coletiva ou não ter sequer pensado nas reações alheias.

Em suma, o postulado do dolo específico consistente na vontade de ofender o bem jurídico é uma opção dogmática que, em tese, restringiria o âmbito de incidência do artigo 233 do CP. Contudo, a sua mobilização na prática judicial pode se revelar quimérica, já que a prova da vontade específica pressupõe o conhecimento do elemento psicológico do agente no momento da conduta: não basta querer praticar determinado ato, é necessário querer praticar determinado ato *para ofender o pudor público*⁵³.

Esse problema não existe para aquelas pessoas que adotam o posicionamento (i), que torna o dolo mais “objetivo” por meio do postulado de que a prática de determinados atos *tidos como obscenos* basta para que o bem jurídico seja lesado. Como argumentamos anteriormente, tal posicionamento se baseia na ficção de que a moralidade em uma sociedade é homogênea. Esse fundamento fictício representa uma fonte de incerteza sobre a taxatividade das condutas abarcadas pelo artigo 233 do CP, já que a configuração da “moralidade pública” depende, em última instância, da projeção moral que o julgador faz ao analisar cada caso concreto. Por ora, é suficiente dizer que, de modo geral, essa tendência mais “objetivista” referente ao dolo é adotada frequentemente nos julgados pesquisados.

8. OBSERVAÇÕES SOBRE O MOMENTO DA CONSUMAÇÃO DA OBSCENIDADE

De modo geral, as afirmações constantes na doutrina abarcam considerações sobre a necessidade de o ato obsceno ser presenciado por outras pessoas em local público ou

52. Sentença no Processo 0006797-91.2011.8.26.0006, Comarca de São Paulo, disponibilizada em 04.12.2017.

53. Observe-se que o problema da falta de meios para o conhecimento exato do elemento subjetivo específico que caracteriza o dolo não é pertinente somente à aplicação do artigo 233 do CP. Trata-se de uma questão mais abrangente da dogmática penal.

exposto ao público⁵⁴, a proposta segundo a qual a consumação independe de o ato ter sido presenciado por alguém em tempo real, bem como considerações sobre a (des)necessidade de as pessoas terem realmente se ofendido⁵⁵. Por isso, é oportuno separar dois elementos da questão ora abordada: a) a presença ou a ausência de pessoas no momento do “ato obsceno”; e b) a potencial ofensa de observadores(as) do “ato obsceno”.

No tocante ao primeiro ponto, nota-se que há proposta dogmática segundo a qual o crime poderia se consumir ainda que a conduta não fosse presenciada, em tempo real, por pessoa alguma⁵⁶. Assim, por exemplo, se uma pessoa se masturbar em um lugar exposto ao público sem ninguém mais presente, mas for gravada por uma câmera de segurança, estaria consumado o crime de ato obsceno.

Quanto ao segundo ponto, temos de retomar o que foi exposto anteriormente sobre o sujeito passivo no crime previsto no artigo 233 do CP. Isso porque podemos imaginar dois cenários de consumação do ato obsceno: no primeiro, é necessária a ofensa ao sentimento de pudor da pessoa observadora, o que caracterizaria o delito como *material*; no segundo, é desnecessária a ofensa ao sentimento de pudor da pessoa observadora, o que caracterizaria o delito como *formal*.

Ambos puderam ser observados nos julgados do Judiciário paulista:

“Ora, as provas colhidas nos autos demonstram que o acusado praticou movimentação corporal com conotação sexual (masturbação), ofendendo o pudor alheio.

[...]

O crime foi praticado em local exposto ao público, pois a Igreja São Sebastião fica aberta à visitação pública durante o dia, podendo a ela ter acesso qualquer pessoa, tendo se consumado no momento em atingiu a pessoa que presenciou o ato de masturbação, qual seja, as senhoras que vinham para a missa e o padre [nome ocultado], o qual se sentiu humilhado pela conduta indecorosa do acusado. Assim, ofendeu o pudor público, desrespeitando, ainda, a crença de todas as pessoas que praticam sua religião naquele local.

Portanto, há nos autos provas suficientes a demonstrar que o réu praticou o crime descrito na denúncia, principalmente pela [sic] depoimento do padre que o surpreendeu no ato de conotação sexual.”⁵⁷

“Para a configuração do delito em comento independe que o ato obsceno seja presenciado por alguém, bastando somente a possibilidade. E também é prescindível que o presente se sinta ofendido com o ato, pois a tutela recai, primeiramente, sobre a coletividade.”⁵⁸

54. Nesse sentido, Estefam (2011, p. 227); Nucci (2018, p. 914).

55. Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 453); Prado (2017, p. 254).

56. “Com a prática do ato obsceno consuma-se o crime, ainda que não seja ele presenciado por qualquer pessoa ou que o assistente não se sinta ofendido.” (MIRABETE; FABBRINI, 2010, p. 453.)

57. Sentença no Processo 0001155-40.2012.8.26.0415, Comarca de Palmital, disponibilizada em 24.05.2017.

58. Sentença no Processo 0007859-76.2017.8.26.0356, Comarca de Mirandópolis, disponibilizada em 17.04.2018.

Diante desse impasse doutrinário e jurisprudencial, ressaltamos o que já foi exposto no item referente ao papel do sujeito passivo nas construções dogmáticas sobre o delito em questão: a mera reação psicológica (sentimento de ofensa) do observador *não é capaz* de orientar a aplicação do artigo 233 do CP, em razão da contingência em sua configuração. Caberia à doutrina, então, estabelecer parâmetros objetivos – ou relativamente mais objetivos – que permitissem afirmar ou negar a consumação do crime.

A “objetividade”, nesse sentido, não é plena, pois a linguagem empregada na formulação de enunciados normativos, conforme Hart (2013), dá margem para algum grau de imprecisão semântica e, por isso, entendemos que, frequentemente, é quimérica a ideia de uso exclusivo de operações silogísticas inquestionáveis na aplicação de regras jurídicas. No caso do delito abordado neste artigo, cumpriria à doutrina minimizar o campo de atividade discricionária de aplicadores da regra penal que criminaliza o ato obsceno. Contudo, ao se tratar desse delito, é preciso também indagar se o enunciado do artigo 233 do CP comporta tal construção dogmática minimizadora da discricionariedade. Isso porque o grau de vagueza naquele enunciado pode ser intenso a ponto de não permitir o estabelecimento de parâmetros seguros e taxativos para a aplicação da norma penal.

A revisão dogmática feita até este momento tem o objetivo de apontar raízes dos problemas na aplicação de um dispositivo do Código Penal vigente desde a década de 1940. Os pontos abordados indicam fontes de incerteza sobre o âmbito de incidência do crime de ato obsceno, o que leva a questionamentos de caráter dogmático sobre o lugar que esse delito (não) tem no ordenamento brasileiro contemporâneo.

9. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 233 DO CP: VAGUEZA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

O texto legal do qual uma norma penal será extraída não deve dar margem para os graus de incerteza e, consequentemente, de discricionariedade judicial observados no enunciado do artigo 233 do CP. Como vimos, mesmo os esforços doutrinários e jurisprudenciais não são capazes de afirmar critérios seguros de delimitação do âmbito de incidência do dispositivo em questão. Um traço marcante do crime de ato obsceno é a indeterminação de seu significado. Seja por meio de análises sobre o bem jurídico tutelado, pela caracterização do sujeito passivo, pelas características do dolo ou do momento de consumação, identificamos questionamentos que denunciam incertezas sobre os critérios para identificação de um ato como obsceno e, portanto, passível de ser reprimido pelas sanções previstas no ordenamento penal⁵⁹.

59. “Conforme se observa, o crime de ato obsceno configura um tipo penal aberto, isto é, sua aplicação depende sobremaneira do intérprete da lei, uma vez que a descrição da conduta é significativamente inexacta. É justamente por esse motivo que esse crime enseja uma série de discussões sobre hierarquia no interior do campo jurídico e sobre legitimidade no processo de interpretação das leis e dos conceitos nelas envolvidos.” (MARTINS, 2015, p. 117.)

Nesse sentido, a incerteza mais contundente constitui a ofensa ao princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal)⁶⁰, mais precisamente ao princípio da taxatividade, que tem como função proporcionar a segurança jurídica referente a quais condutas são passíveis de punição penal em um Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2018b, p. 53). Em outras palavras, “não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 207 – notas de rodapé suprimidas).

Salienta-se que a observância do princípio da legalidade é um requisito para a constitucionalidade de regras penais que não depende somente do respeito à anterioridade da previsão legal para imposição de penas, mas também da clareza na exposição do âmbito de incidência da figura típica, tendo em vista a necessidade de “reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei” (LUIZI, 2003, p. 24). Por isso, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2011, p. 207), diante de enunciados legais dotados de “conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a) declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa”.

À luz do princípio da taxatividade, a indeterminação sobre *o que pode ser considerado um ato obsceno* gera ampla margem para fundamentações discricionárias referentes à identificação do fato pelo qual o réu ou a ré poderá ser punido(a) pelo artigo 233 do CP. Essa situação leva à constatação de que, no caso do crime de ato obsceno, a exigência constitucional de taxatividade do tipo penal não é cumprida, tendo em vista que a expressão “praticar ato obsceno”, contida no *caput*, não é hábil a atender à demanda de taxatividade de condutas incriminadas. Em outras palavras, não é claro o que se busca incriminar, apesar de todas as construções dogmáticas produzidas – e reproduzidas – pela doutrina penalista. Com isso, o artigo 233 do CP se apresenta como um vetor de projeções valorativas (morais) de agentes do sistema de justiça criminal, com especial destaque àquelas de juízes e juízas, o que acarreta a indeterminação do âmbito de incidência da regra penal, algo que pode ser constatado ao compararmos as diferentes condutas que integram o corpo de decisões judiciais analisadas neste estudo.

Os esforços doutrinários para determinar o significado de ato obsceno evidenciam o fracasso nessa tarefa. Os frequentes usos de expressões como “pudor público”, “moralidade”, “conotação sexual”, “valores da sociedade” e “recato” não trazem luz suficiente à interpretação do dispositivo penal, que deve, necessariamente, ser pautada na taxatividade. Com isso, nota-se que o vício existente no artigo 233 do CP não é interpretativo, isto é, não é a interpretação que tem sido dada ao dispositivo em questão que é eivada pela inconstitucionalidade; é o próprio texto legal que não é passível de ser interpretado conforme à

60. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...].

Constituição, em virtude de sua vagueza, que é agravada ao adentrarmos os domínios de questões de natureza essencialmente moral.

Como foi demonstrado por meio da exposição das diversas modalidades de condutas consideradas obscenas em casos que chegaram ao sistema de justiça paulista, é amplo o quadro de possibilidades de se incorrer no crime do artigo 233 do CP. O mesmo dispositivo é empregado como resposta jurídica aos atos de masturbação em público, sexo em local público, urinar em via pública, assédio por meio da exibição de órgão sexual e, no caso da mulher participante da Marcha das Vadias, de exposição dos seios durante uma manifestação política. Considerando tal amplitude, a pretensão de um argumento baseado na “expressa” proibição de certas condutas se torna um exemplo de como palavras que integram os discursos doutrinário e judicial podem não atender à função de estabelecer a segurança jurídica exigida na esfera penal⁶¹.

Em que pese a importância da doutrina no estabelecimento dos significados de institutos jurídicos, nota-se que, no caso do crime de ato obsceno, o discurso dogmático se mostra somente como um instrumento de racionalização jurídica de fatores subjetivos (emocionais, ideológicos etc.) determinantes nas atuações de autoridades do sistema de justiça criminal (juízes, delegados, promotores). Cria-se a aparência de base jurídico-dogmática, mas essa suposta base se revela um conjunto de discursos sobre entidades indeterminadas pertencentes a uma dimensão fictícia e quimérica, incapaz de orientar a prática judicial contra a indeterminação do conteúdo do artigo 233 do CP. Apesar dessa dimensão fictícia, no sentido de que a atuação é orientada por uma crença de que essas entidades seriam universais, não podemos perder de vista que as representações sociais – dos operadores do direito – sobre o que se configura pudor público ou moralidade pública existem, produzem efeitos concretos e orientam a tomada de decisão, determinando a resposta estatal a determinadas condutas.

Salienta-se que o ordenamento jurídico possui, atualmente, dispositivo que pode ser aplicado em casos de assédio mais graves: o artigo 215-A do CP. Não propomos a simples substituição da aplicação do dispositivo que tipifica o crime de ato obsceno pela aplicação do dispositivo que tipifica a importunação sexual. Afinal, o artigo 215-A do CP prevê sanção muito mais severa do que aquela prevista no artigo 233. Por essa razão, entendemos que os casos em que pessoas tiverem sua liberdade sexual lesada deverão ser apreciados à luz das construções doutrinárias e jurisprudenciais do crime de importunação sexual⁶².

61. Há, atualmente, um caso concreto que suscita a questão da constitucionalidade do crime de ato obsceno. No Rio Grande do Sul, um homem foi condenado pelo crime de ato obsceno, por ter se masturbado e exibido o órgão genital em via pública. Em segunda instância, a Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais daquele Estado reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 233 do CP em virtude da ofensa ao princípio da taxatividade. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, no qual o Ministério Público do Rio Grande do Sul se insurge contra a decisão de Turma Recursal. O STF reconheceu, em março de 2018, a repercussão geral da questão apresentada. Cf. Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Luiz Fux, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.093.553/RS, j. 29.03.2018, DJe 06.04.2018.

62. Conferir a sentença no Processo 1510245-30.2019.8.26.0228, Comarca de São Paulo, disponibilizada em 17.06.2019.

Por outro lado, entende-se que outras condutas, como urinar em público, a exposição de seios femininos ou a mera nudez, não devem constituir crime contra a dignidade sexual, devendo ser retiradas do âmbito de incidência de regras penais, por não gerarem vítimas lesadas em suas liberdades sexuais. Com isso, propomos a restrição da utilização do direito penal às situações em que houver crimes de natureza sexual contra determinada pessoa, excluindo-se da prática judicial as abstrações indeterminadas como “pudor público” e “moralidade coletiva”⁶³.

O caso da manifestante processada e condenada e as decisões judiciais que embasam este texto revelam a vagueza do tipo penal e a dificuldade de se estabelecer a homogeneidade axiológica em uma sociedade tão plural. Tratamos, aqui, de casos concretos que mostram, por meio de suas características tão díspares, a falta de taxatividade do artigo 233 do CP, que deve ser considerado em desconformidade com o artigo 5º, XXXIX, da Constituição⁶⁴.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa nos suscitou inquietações de diversas ordens: dogmático-jurídicas, sociológicas e filosóficas. O modo encontrado para lidar com a pluralidade dos problemas nas construções legais e doutrinárias e na aplicação do artigo 233 do CP foi a segmentação destas considerações finais, que estão estruturadas em subseções, cada uma destinada a uma face das nossas inquietações. A divisão, contudo, não deve ser interpretada como a *separação* de partes das nossas reflexões. Pelo contrário, as subseções servem à organização do nosso pensamento, com vistas aos apontamentos de que este estudo é dotado de relevância prática para o direito penal brasileiro contemporâneo e de que a problemática enfrentada pode ser interpretada por meio de lentes teórico-feministas.

É importante destacar que este é um estudo sobre o crime de ato obsceno, mas a ele não se resume. Nossa pesquisa abre portas para a continuidade de pesquisas interdisciplinares que digam respeito à relação de interdependência entre o direito positivo, a sua aplicação pelas autoridades estatais e os diversos traços da moralidade que permeiam diferentes grupos que formam o ente abstrato geralmente denominado “sociedade”. Assim, este artigo não

63. A aplicação do artigo 215-A do CP pode se revelar alinhada com essa proposta de utilização mais restrita do direito penal. Novas pesquisas poderão indicar se esse é ou não o caso.

64. Além do argumento da inconstitucionalidade do artigo 233 CP pautado na ausência de taxatividade, há ainda outra linha argumentativa: a ofensa ao princípio da igualdade. É suficiente imaginar como homens podem andar com o peito à mostra pelas ruas, nas praias, nas torcidas dos jogos de futebol e em manifestações políticas, mas mulheres correm sério risco de serem submetidas às autoridades do sistema de justiça penal se tiverem as mesmas condutas. É difícil até mesmo conceber uma situação em que um homem seria processado como incurso no crime de ato obsceno se tivesse “esfregado os seios no vidro da prefeitura”. Isso porque esse tipo de nudez masculina não é tradicionalmente tido como obsceno, enquanto mulheres são compelidas a ocultar partes de seus corpos pela pressão de regras jurídicas. Cf. Sentença no Processo 0001548-51.2015.8.26.0514, Comarca de Itupeva, disponibilizada em 25.08.2017; Sentença no Processo 0008378-87.2017.8.26.0344, Comarca de Marília, disponibilizada em 25.10.2018.

é – e não poderia ser – um trabalho acabado, porque ele busca enfrentar uma questão inescapável: qual o fundamento para a violência estatal promovida por meio do direito?

a) *Uma inversão surreal e a relevância do assédio em nossa amostra*

Imagine a seguinte cena: um homem, caminhando por uma via pública, é assediado por uma mulher, que passa a exhibir o seu corpo e a se masturbar. Por causa do ato da mulher, o homem se vê obrigado a deixar o local e avisar outras pessoas sobre o que está acontecendo, até que ela é finalmente presa em flagrante e, posteriormente, processada criminalmente pelo ato obsceno.

Embora não seja impossível, essa situação hipotética assume um tom surreal. Trata-se da inversão do cenário de vários casos concretos que embasam este artigo, e o seu caráter pouco factível leva à percepção de uma das dimensões das questões de gênero que constituem as considerações doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do CP: trata-se de um crime geralmente voltado a coibir comportamentos de homens que, frequentemente, manifestam a sua libido contra a vontade de mulheres que com eles partilham o espaço público.

Nesta pesquisa, há vasta maioria de homens apontados como responsáveis pelo crime de ato obsceno, e esse fato tem algo a ser dele extraído. O cenário inverso aqui proposto nos causa estranheza justamente por ser incompatível com o estado social no qual praticamente somente pessoas do gênero masculino se veem aptas a praticar atos sexuais aos olhos de outros e outras.

Nota-se que a lei e o sistema de justiça criminal buscam punir essas práticas, as quais poderíamos denominar, sem a pretensão de apego a uma terminologia técnico-dogmática pertinente ao direito penal e a seus tipos penais, de *assédio*. Uma questão, contudo, deve ser posta: o uso do artigo 233 do CP é um meio hábil a combater o assédio? Essa pergunta diz respeito à capacidade de o direito penal lidar, para além da punição, com o problema apontado a partir da amostra que embasa esta pesquisa: homens assediam mulheres em espaços públicos, apesar da existência de normas jurídicas que prescrevem sanções para condutas de tal espécie.

Questões sobre a capacidade de o direito penal coibir determinadas condutas são profundas e não podem ser devidamente abordadas no escopo deste artigo. Trata-se do enfrentamento sobre a utilidade social do direito, mais precisamente, sobre no que concerne à mobilização, no sistema de justiça criminal, de diversas categorias do saber dogmático destinadas a guiar decisões sobre a (não) configuração de crimes e das sanções que devem ser aplicadas em casos concretos, bem como das ideias que constituem as teorias da pena e que visam justificar as imposições de punições penais. Como apontado por Marta Machado e Maíra Machado (2013, p. 343), “importa-nos chamar atenção aqui para a necessidade de refletirmos e problematizarmos sobre a forma como em cada sociedade se decide responder às situações problemáticas sobre as quais se decidiu definir como crime”.

Esta pesquisa não tem o objetivo de medir, de qualquer forma, a eficácia do crime no que diz respeito à coibição de atos obscenos. Ainda assim, acredita-se que este texto serviu ao apontamento da inadequação do artigo 233 do CP, no sentido de que se trata de um

dispositivo que pune condutas muito diversas entre si, fornecendo ampla e irremediável margem de arbitrariedade nas decisões, bem como proporcionando oportunidades para que distinções entre homens e mulheres sejam promovidas no sistema de justiça criminal⁶⁵.

b) *O papel do sistema de justiça criminal e da doutrina penalista na constituição da "moralidade coletiva" ou do "pudor público"*

Este texto expôs problemas nas construções dogmáticas sobre o ato obsceno presentes na doutrina e na produção judicial – problemas que deságuam na inconstitucionalidade da regra penal por falta de taxatividade. Trata-se, nesse sentido, de um trabalho dogmático inserido na linha de estudos sobre direito penal. Por outro lado, este texto não deve ser interpretado como uma contribuição descolada da realidade. Isso porque estudos dogmáticos dizem respeito, a partir de uma perspectiva interna (característica de juristas), à função desempenhada pelo direito em determinado contexto.

Neste trabalho, notamos tensões no contexto formado pelos casos concretos, pelas construções doutrinárias e pelas decisões judiciais. Elas se constituem pela busca por uma régua moral capaz de nos dizer os limites do pudor público em situações concretas e no evidente fracasso da linguagem jurídica e do sistema de justiça criminal em fornecer tais limites⁶⁶. Esse fracasso é traduzido pela incapacidade de a doutrina penalista determinar os elementos do tipo penal e pelo fato de que ele é aplicado em casos muito díspares – a título de exemplo, temos as modalidades de ato obsceno da masturbação em presença de uma mulher em contraste com o ato de urinar em público ou com a nudez em uma praia.

Apesar disso, há certa naturalidade na aplicação do artigo 233 do CP, caracterizada pela falta de considerações detidas sobre o que constituiria o pudor público ou a moralidade coletiva, o que nos permite dizer que a própria razão de ser da regra penal é deixada à margem das fundamentações das decisões tomadas no sistema de justiça criminal. Põe-se a função do tipo penal em um ponto cego, o que cria uma situação contraditória: por um lado, há a indeterminação do conceito de ato obsceno; por outro, a prática institucional no sistema de justiça criminal é pautada na frequente naturalização da aplicação do artigo 233 do CP, com base nas ideias de “moralidade coletiva” ou de “pudor público”.

Conforme apontado por Ana Paula Martins (2015, p. 124), as interpretações referentes ao artigo 233 do CP culminam em “uma série de termos e exemplos que não estão presentes

65. A discussão sobre como questões sobre gênero deveriam ou não ser enfrentadas pela via criminal é relacionada à nossa pesquisa. Dentro do campo feminista, há divergências sobre o uso do direito penal para tratar das diversas formas de violência contra mulheres. Sobre o tema, consulte-se Luísa Ferreira e Luísa Piasentini (2022, p. 106), que analisaram produções acadêmicas feministas sobre o direito penal e indicaram que, mesmo entre entendimentos favoráveis ao uso da via criminal, “há um ceticismo no que concerne à possibilidade de o direito penal ser efetivo na dissuasão dos crimes. A ênfase se dá na necessidade de reconhecimento das ações como violadoras de expectativas normativas: a demanda é por *reconhecimento e visibilidade*”.

66. Salienta-se que as aludidas tensões são produtos deste trabalho, um diagnóstico viabilizado pela pesquisa.

no texto legal”, revelando a expressão do ideário de juristas, que é “compreendido [...] como visão de mundo partilhada e compartilhada”. Esse ideário de compartilhamento contém uma visão enviesada sobre o papel da mulher e o lugar que seu corpo tem – ou não tem. Temos como exemplo de um discurso implícito sobre o corpo da mulher a comparação entre o assédio consistente na exibição do pênis seguida de masturbação e a simples nudez feminina – a mesma nudez do torso observada em jogos de futebol, nos quais torcedores homens rodam sobre as cabeças suas camisas, expondo partes de seus corpos. Apesar da diferença gritante, ambas as condutas merecem, no discurso jurídico, o lugar-comum e indeterminado do artigo 233 do CP.

O papel de doutrinadores e do Judiciário na manutenção de diferenças de gênero também foi apontado por Martins (2015, p. 124):

“Os discursos presentes nos manuais de Direito, longe de significarem manifestações de pensamento individual, têm potencial formador dos novos atores e exercem função destacada no processo de interpretação das leis. Se é verdade que a jurisprudência forma, em grande medida, as tomadas de posição dos autores de livros e manuais jurídicos, a recíproca também é verdadeira. Retroalimentam-se, pois, representações sobre o corpo sob uma perspectiva heterossexual, racionalista, hierárquica e deslegitimadora das diferenças e identidades sexuais.”

Somando as autoridades legislativas responsáveis pela redação do artigo 233 do CP à relação de retroalimentação entre Judiciário e doutrina penal apontada por Martins (2015), temos os criadores da “moralidade coletiva” e do “pudor público”. Porém, eles criam sem dar forma, pois a indeterminação semântica é uma constante, desde o Legislativo, passando pelos manuais de direito penal, até o Judiciário – não necessariamente nessa ordem.

A ideia de que o Judiciário somente se limita a condenar condutas em desconformidade com os valores da sociedade constitui um argumento tendente à afirmação de que tais valores são estáticos (imutáveis) e universais. Entretanto, o Judiciário jamais pode ser considerado um observador externo da sociedade, justamente, por ser uma instituição que atua em meio aos mais variados conflitos jurídicos e morais, composta por pessoas que integram ativamente a comunidade ao fornecerem soluções a tais conflitos. Por essa razão, juízes e juízas devem ser considerados agentes da especialmente potentes da sociedade, pois dotados de autoridade e responsáveis pela afirmação e negação de valores por meio de suas decisões, pois a relação entre moralidade e direito é uma via de mão dupla: se é certo sustentar que a moral influencia e molda o direito, também é certo dizer que o direito influencia e molda a moral.

A alegação de que o Judiciário se limitaria a observar e aplicar valores difundidos na sociedade é tendente a justificar a cristalização de valorações que afrontam a ordem constitucional – como as diferenças entre os tratamentos concedidos à nudez masculina e à nudez feminina –, além de tratar magistradas e magistrados como se fossem observadores absolutamente destacados dos fenômenos sociais.

Legisladores e juristas são os responsáveis pela propagação das ideias de “moralidade coletiva” e de “pudor público” no que concerne ao crime de ato obsceno. A naturalização

desses *não conceitos*, como se fossem fatos facilmente observáveis, é uma falácia promovida pelo uso da linguagem jurídica e do saber jurídico-dogmático. Por meio da defesa de uma falsa coesão social, propõem-se distinções inconstitucionais entre homens e mulheres. Basta ver a diferença, aos olhos do sistema de justiça criminal, entre uma mulher em uma manifestação política, e um torcedor homem que, no último final de semana, tirou a sua camisa e a girou sobre a cabeça para comemorar um gol do seu time, aos olhos de todas as pessoas presentes no estádio.

c) *O lugar-comum à revelia da Constituição*

Um dos resultados do estudo que embasou este texto é a possibilidade de elaborarmos, fundamentadamente, questões que evidenciam a figura da mulher no âmbito da criação doutrinária e da aplicação da regra penal (BARTLETT, 1990): o que justifica, na atual ordem constitucional, a distinção jurídica entre a exposição de seios femininos e a exposição do peito masculino? O que podemos concluir sobre a função do artigo 233 do CP, se considerarmos diferenças de tratamento conferidas a homens e a mulheres pelo sistema de justiça criminal, bem como que a vasta maioria das vítimas nos casos estudados é composta por mulheres?

Sobre a primeira questão, podemos oferecer duas conclusões. A primeira é a de que a distinção entre as exposições dos corpos de mulheres e de homens é sustentada não pela coerência da interpretação sistemática das fontes normativas (a Constituição, o Código Penal etc.), mas, sim, pela cristalização do corpo da mulher no ideário jurídico, que é tratado como um objeto essencialmente vulgar. Essa cristalização é viabilizada, no discurso jurídico, pelo uso de palavras retoricamente impactantes, mas cujos significados não são determinados.

A segunda conclusão, por sua vez, é situada nos domínios da racionalidade dogmática jurídica: a distinção entre a nudez feminina e masculina, em uma ordem social que abarca o princípio da igualdade, não é admissível. O fato de algumas pessoas considerarem indecente a exposição dos seios femininos *deve ser* considerado irrelevante na interpretação doutrinária e jurisprudencial do direito positivo brasileiro, em prol da coerência sistemática do ordenamento e da promoção da abolição de diferenças de gênero, tendo em vista os objetivos estabelecidos pela Constituição (artigos 3º, *caput*. E IV, e 5º, *caput*, e I).

Quanto à segunda questão, foi indicado que a maior parte dos sujeitos ativos, nos casos concretos, é constituída por homens, e as duas modalidades de ato obsceno mais observadas são a masturbação em público – às vezes, dirigida a uma mulher – e a exposição de órgão sexual. Por isso, podemos dizer que a aplicação do artigo 233 do CP gera retratos, na esfera jurídica, de um contexto revelador do machismo: a imposição à sociedade – e, especialmente, às mulheres – da libido masculina. Por outro lado, mulheres são punidas ou ameaçadas de punição pelo cometimento de ato obsceno quando têm condutas caracterizadas pela própria nudez, embora sem manifestações sexuais explícitas. Assim, quanto à função desempenhada pelo artigo 233 do CP, no que diz respeito às diferenças de tratamento entre homens e mulheres, propomos que o enquadramento da nudez feminina no artigo 233 se

deve à cristalização da ideia de que o corpo da mulher choca a suposta “moralidade coletiva” *porque* é, potencialmente, estimulante da libido masculina. Com isso, a razão de ser do crime de ato obsceno orbita a sexualidade do homem: a regra penal visa conter a extração na manifestação do desejo e, por outro lado, visa suprimir possíveis fontes de estimulação da libido masculina, o que acarreta o tolhimento inconstitucional da liberdade de mulheres.

O fato de propormos uma *razão de ser* do crime de ato obsceno e de sua aplicação contemporânea não implica a *justificação* da existência da regra. Embora reconheçamos a seriedade do problema existente nas diversas formas de assédios sofridas, majoritariamente, por mulheres, entendemos que o artigo 233 do CP *não é* uma boa ferramenta jurídica para o enfrentamento do problema, pelos motivos expostos, notadamente: a vagueza da previsão legal, o papel relegado à nudez feminina que implica ofensas à Constituição e a possibilidade de utilização do artigo 215-A do CP para casos de importunação sexual.

Este artigo forneceu um quadro do que se tem entendido por *ato obsceno* e, nele, vemos a necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade do tipo penal que, entre muitas coisas, serve à promoção da diferença jurídico-penal entre peitos nus de homens e mulheres: atualmente, o artigo 233 do CP é um lugar-comum para grande variedade de condutas, desde manifestações políticas de mulheres até casos de assédio perpetrados por homens. O enunciado normativo presente no Código Penal não menciona distinções de gênero, comunicando a pretensão de *neutralidade* que deveria pautar o uso da força pelo Estado. Mas, sob a aparência neutra, o tipo penal abriga problemas referentes a diferenças pertinentes ao gênero das pessoas envolvidas em casos de ato obsceno, seja como autores ou vítimas.

As dissonâncias entre aparência e realidade capturadas pela pesquisa abrangem o texto da lei, a produção doutrinária e a atuação do sistema de justiça criminal. Por se tratar de um dispositivo legal lesivo aos princípios da taxatividade do direito penal e da igualdade entre gêneros, a principal mensagem que se pretende, ao final destas linhas, é a da total inadequação do artigo 233 do CP na ordem jurídica brasileira.

11. REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, João Vieira de. *Código Penal interpretado*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. I.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.
- BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990. Disponível em: [<https://jstor.org/stable/1341478>]. Acesso em: 18.09.2020.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – Parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018b.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal – Parte especial: artigos 121 a 234-C do Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

- CASTRO, Francisco J. Viveiros de. *Atentados ao pudor* – Estudos sobre as aberrações do instinto sexual. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal* – Parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DELL'AGLIO, Daniela Dalbosco. *Marcha das vadias: entre tensões, dissidências e rupturas nos feminismos contemporâneos*. 2016. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e Institucional) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: [<http://hdl.handle.net/10183/157429>]. Acesso em: 19.06.2023.
- DELL'AGLIO, Daniela Dalbosco. Qual o papel da Marcha das vadias no movimento feminista. *Nexo*, 01 maio 2019. Disponível em: [<https://nexojournal.com.br/academico/2019/05/01/Qual-o-papel-da-Marcha-das-Vadias-no-movimento-feminista>]. Acesso em: 19.06.2023.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ESTEFAM, André. *Direito penal* – Parte especial (arts. 184 a 285). São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.
- FERREIRA, Luísa Moraes Abreu; PIASENTINI, Luísa Cassula. E o que dizem as juristas feministas brasileiras? Um estudo das demandas por reconhecimento da violência sexual por meio do direito penal. In: CUNHA, Luciana Gross; BUZOLIN, Lívia Gonçalves (Orgs.). *Direito e gênero: reflexões plurais sobre teorias feministas*. São Paulo: FGV Direito SP, 2022.
- GARRAUD, René. *Traité de droit pénal*. 3. ed. Paris: 1924.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- HART, Herbert L. A. Discretion. *Harvard Law Review*, v. 127, n. 2, p. 652-665, dez. 2013. Disponível em: [<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr127&i=664>]. Acesso em: 15.01.2020.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HUNGRIA, Nélson; LACERDA, Romão Côrtes de. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII – Arts. 197 a 249.
- KOMBILA, Hilème. Tartuffe face à Marie-Madeleine: Retour sur la condamnation d'une ex-Femen pour exhibition sexuelle. *La Revue des Droits de l'Homme*, 2017. Disponível em: [<http://journals.openedition.org/revdh/3041>]. Acesso em: 15.02.2019.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; MACHADO, Maíra Rocha. O direito penal é capaz de conter a violência? In: SILVA, Felipe; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MANIFESTANTE da Marcha das Vadias condenada por 'ato obsceno' tem acesso ao STF negado. *Justificando*, 3 set. 2018. Disponível em: [<http://justificando.com/2018/09/03/manifestante-da-marcha-das-vadias-condenada-por-ato-obsceno-tem-acesso-ao-stf-negado/>]. Acesso em: 13.11.2019.

- MARTINS, Ana Paula Antunes. A lei sobre o corpo e o corpo sobre a lei: o ideário dos juristas sobre o crime de ato obsceno no Brasil na perspectiva da Sociologia do Corpo. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 112-125, jan. 2015. Disponível em: [https://reedrevista.org/reed/article/view/57]. Acesso em: 22.01.2020.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. Parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Law and society in transition: toward responsive law*. 2. ed with a new introduction by Robert A. Kagan. New York: Routledge, 2017.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3 – Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – Parte geral/parte especial*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. v. III – Parte Especial: arts. 184 a 311-A.
- RENTIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Orgs.). Trad. Alaor Leite. *Direito penal e teoria das normas – Estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ROSS, Alf. Tù-tù. *Harvard Law Review*, v. 70, n. 5, p. 812-825, mar. 1957. Disponível em: [https://jstor.org/stable/1337744?seq=1]. Acesso em: 20.01.2020.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Do ultraje público ao pudor. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2004.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. I.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de direito penal, de Marcelo Mayora Alves e Mariana Dutra de Oliveira Garcia – *RBCCrim* 173/467-486;
- Da "liberdade de expressão" versus "obscenidade", sob a ótica do Mr. Justice William Orville Douglas, de Paulo Roberto Santos Romero – *RDPriv* 97/159-176;
- Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora, de Luís Augusto Sanzo Brodt – *Ciências Penais* 13/170-193;
- Exegese evolutiva dos limites da eficácia do crime de "escrito ou objeto obsceno" à luz da garantia da liberdade de expressão, de Paulo Roberto Santos Romero – *RBCCrim* 198/101-143;
- Juizado especial criminal: a celeridade processual como fundamento para a violação de garantias constitucionais, de Alencar Frederico Margraf, Lilo Henrique Ponijalski e Ricardo Bispo Razaboni Junior – *RT* 1003/395-416;
- Os crimes digitais sob a vertente do código penal brasileiro, de Dayane Karla Barros De Farias Duarte e José Armando Ponte Dias Junior – *RTNE* 7/277-291 – *RTNE* 8/227-291 – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 4; e
- Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade, de Alamiro Velludo Salvador Netto – *RBCCrim* 85/219-235 – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/301-316.

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TJ/SP, ApCrim 1501865-55.2019.8.26.0248, j. 01.03.2023, *DJe* 01.03.2023.

DIREITO PENAL E A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

CRIMINAL LAW AND THE LEGAL NATURE OF SECURITY MEASURES

NATHÁLIA DE MORAIS COSCRATO

Mestra em Direito pela FD-USP. Advogada.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2988860956276774>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1915-9914>].
nathalia.coscrato@usp.br

ROBERTO AUGUSTO DE CARVALHO CAMPOS

Doutor e Mestre em Medicina pela Universidade Federal de São Paulo.
Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP. Advogado.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5842457113712192>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-6100-4684>].
robernoacampos@uol.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10725020>].

Recebido em: 26.04.2022

Aprovado em: 04.10.2023

Última versão dos autores: 24.01.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Este artigo objetiva contribuir para os estudos sobre o instituto das medidas de segurança, elaborando, por meio de uma revisão bibliográfica, um panorama histórico do embate teórico brasileiro acerca da natureza jurídica das medidas de segurança. Relevantes, nesse embate, as concepções de direito penal subjacentes às fundamentações teóricas que concluíam pela natureza jurídica administrativa ou de sanção penal do instituto e o dissídio doutrinário entre monistas e dualistas. Identificamos que a adoção da natureza jurídica de medida administrativa foi/é comumente elaborada partindo-se dos pressupostos clássicos de Direito Penal.

ABSTRACT: This article aims to contribute to studies on the institute of security measures, elaborating, through a bibliographic review, a historical overview of the Brazilian theoretical debate about the legal nature of security measures. Relevant, in this debate, the conceptions of criminal law underlying the theoretical foundations that concluded by the administrative legal nature or criminal sanction of the institute and the doctrinal dispute between monists and dualists. We identified that the adoption of the legal nature of an administrative measure was/is commonly elaborated based on the classical assumptions of Criminal Law. In turn, the adoption

COSCRATO, Nathália de Moraes; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho.
Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 131-158. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10725020>].

Por sua vez, a adoção da natureza de sanção penal das medidas de segurança deu-se comumente atrelada a uma concepção positivista de direito penal. Mais recentemente, todavia, a natureza penal das medidas de segurança é frequentemente defendida conjuntamente com a defesa da aplicação de amplas garantias penais às medidas de segurança, o que vem ocorrendo com uma aproximação do tratamento jurídico dado às medidas de segurança ao direito penal do fato e paralelamente à luta pela cidadania das pessoas com transtorno mental reivindicada pela reforma psiquiátrica. A essa aproximação das medidas de segurança às penas foi atribuída a expressão "dualismo tendencialmente monista", representando uma nova fase do dualismo.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas de segurança – Natureza jurídica – Garantismo – Dualismo tendencialmente monista – Reforma psiquiátrica.

of the criminal sanction nature of security measures was commonly linked to a positivist conception of criminal law. More recently, however, the criminal nature of security measures is often defended together with the defense of the application of broad criminal guarantees to security measures, which has been happening with an approximation of the legal treatment given to security measures to the criminal law of the fact and parallel to the struggle for citizenship of people with mental disorders claimed by the psychiatric reform. The expression "dualism tending to be monistic" was attributed to this approximation of security measures to penalties, representing a new phase of dualism.

KEYWORDS: Security measures – Legal nature – Guarantee – Tendentially monistic dualism – Psychiatric reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O conflito entre as Escolas Penais e a emergência do instituto das medidas de segurança. 3. O embate sobre a natureza jurídica das medidas de segurança. 4. "Dualismo versus monismo": disputa e conciliação entre clássicos e positivistas. 4.1. A consagração do dualismo e seus sistemas de aplicação. 4.2. O dualismo tendencialmente monista. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Legislação. 8. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O¹ instituto das medidas de segurança, desde seu surgimento nos ordenamentos jurídicos do Ocidente no final do século XIX, foi acompanhado, principalmente nas primeiras décadas, de um fervoroso embate doutrinário acerca da natureza jurídica do novo instituto. A sua natureza jurídica ainda hoje é objeto de divergência dentro da literatura jurídica especializada, sendo, atualmente, bem menor a relevância dada a esse embate nos espaços acadêmicos.

Este artigo não pretende enfrentar diretamente o embate doutrinário acerca da natureza jurídica das medidas de segurança e ao final apontar qual seria atualmente o melhor entendimento de acordo com algum critério – dogmático, criminológico ou outro –,

1. Este artigo possui excertos da dissertação de mestrado elaborada pela coautora Nathália de Moraes Coscrato e orientada pelo coautor Roberto Augusto de Carvalho Campos, intitulada "A aplicação de garantias penais às medidas de segurança no contexto da Reforma Psiquiátrica brasileira" e defendida na Faculdade de Direito da USP em 2018.

COSCRATO, Nathália de Moraes; CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho.

Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 202, ano 32, p. 131-158. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10725020].

mas, sim, trazer um panorama histórico do embate doutrinário acerca da natureza jurídica das medidas de segurança, buscando identificar os contextos teóricos em que era e é defendida a natureza de sanção penal ou de medida administrativa do instituto.

Para tanto, buscamos identificar as diferentes concepções sobre o próprio dever ser do Direito Penal, notadamente as concepções clássicas e positivistas, que vêm, comumente, forjando as discussões doutrinárias sobre a natureza jurídica das medidas de segurança desde sua emergência nos ordenamentos jurídicos do Ocidente. Retomamos o embate teórico entre a Escola Penal Clássica e a Escola Penal Positiva presente quando da emergência do instituto e buscamos identificar os reflexos desse embate nas fundamentações teóricas acerca da natureza jurídica das medidas de segurança e também na divergência entre dualistas e monistas acerca das semelhanças e identificações entre pena e medida de segurança.

No segundo momento, objetivamos analisar o movimento mais recente presente na jurisprudência, na literatura e também nas legislações penais do Ocidente que foi denominado de “dualismo tendencialmente monista” e de “eticização das medidas de segurança”, marcado pela aproximação das medidas de segurança às penas (SANCHEZ, 1997; BARREIRO, 2001; ANTUNES, 2002; DIAS, 1999), o que vem ocorrendo com uma aproximação do tratamento jurídico dado às medidas de segurança ao direito penal do fato e, marcada no Brasil, num contexto de luta pela cidadania das pessoas com transtorno mental.

2. O CONFLITO ENTRE AS ESCOLAS PENAIS E A EMERGÊNCIA DO INSTITUTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A emergência e a consagração das medidas de segurança nos ordenamentos jurídicos do Ocidente representam uma perda da hegemonia de um Direito Penal forjado a partir das premissas da Escola Penal Clássica.

Foram defendidos pelos juristas da Escola Clássica, cujos dois principais representantes são ainda hoje fundamentais para as ciências criminais, notadamente Cesare Beccaria (1738-1793) e Francesco Carrara (1805-1888), entre outros, o princípio da legalidade, o princípio da humanidade das penas, o princípio da proporcionalidade e o princípio da culpabilidade. Pressupunha-se, ainda, que todos os indivíduos eram iguais e dotados de livre-arbítrio e, por conseguinte, o que diferenciava o “criminoso” era unicamente o fato de ter desrespeitado a lei, daí por que essa escola direcionava sua atenção ao fato (e não ao autor do crime). Ademais, defendia-se que a responsabilidade penal fundava-se na responsabilidade moral, cujo pressuposto, por sua vez, era o livre-arbítrio.

Os indivíduos considerados pela psiquiatria como pessoas com transtornos mentais, na época da emergência da Escola Penal Clássica então denominados pela psiquiatria nascente de alienados mentais, eram considerados despossuídos da razão plena.² Como

2. Paulo Amarante nos aponta que, segundo Hegel, o qual analisou o livro de Pinel, por sua vez considerado o pai da psiquiatria, “a alienação não seria a perda da Razão absoluta, mas simples desordem em seu âmago” (2007, p. 30).

consequência desse entendimento, tem-se que, no contexto de um Direito Penal fundado na responsabilidade moral, os “alienados mentais” eram considerados irresponsáveis penalmente. Conforme aponta Maria João Antunes:

“O novo direito penal assenta no princípio da responsabilidade moral e tem como destinatário exclusivo o cidadão livre e senhor dos seus actos da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Dentro das fronteiras deste ramo do direito passa a não conhecer o louco, aquele que no momento da infracção não goza das luzes da Razão” (2003, p. 348).

Segundo as diretrizes da Escola Penal Clássica, um indivíduo com transtorno mental que realizasse algo tipificado como crime não poderia ser responsabilizado penalmente. A constatação da “loucura”³ levava ao reconhecimento de que a situação não dizia respeito ao campo de atuação do Direito Penal. Isso não significava, todavia, que ao Estado não caberia atuar em tais situações com outras medidas, o que pode ser verificado nas disposições do “Código Criminal do Império do Brasil” e do primeiro Código Penal da República. Relevante, ainda, apontar que essas medidas se relacionam com as próprias concepções então predominantes do lugar social da “loucura”⁴

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, dizia, por exemplo, em seu artigo 12, que “os loucos que tiverem cometido crimes serão recolhidos às casas para eles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente”. Importante, então, lembrar que nessa época ainda não existiam no Brasil hospitais psiquiátricos. O primeiro hospício seria criado apenas em 1852, dirigido, no entanto, não por médicos, mas, sim, por religiosos.⁵

O primeiro Código Penal da República, por sua vez, determinava, em seu artigo 29, que “os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de afecção mental serão entregues às suas famílias, ou recolhidos a hospitais de alienados, se o seu estado mental assim o exigir para a segurança do público”. Fora do âmbito da sanção penal, “era a estratégia alienista que deveria dar conta do seu destino” (PERES; NERY FILHO, 2002, p. 338).

Os “loucos infratores” eram, portanto, conforme as disposições do Código Penal de 1890, direcionados aos mesmos lugares que os “loucos não infratores”, situação essa que

3. Utilizamos, neste artigo, a palavra “loucura” como algo cujo significado e extensão devem ser compreendidos nos contextos de seus empregos. Nesse sentido, pontuamos que foi apenas nos últimos séculos que a “loucura” foi confiscada no conceito de doença mental, concebida como objeto de conhecimento do saber médico (FOUCAULT, 2017; FOUCAULT, 2000).

4. Nesse sentido, ver: PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, v. 9, n. 2, maio-ago. 2002. p. 337.

5. Nesse sentido, ver: AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo (Org.). *Psiquiatria social e Reforma Psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1994. p. 74-75 e PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, maio-ago. 2002. p. 337.

não ficou isenta de críticas da psiquiatria positivista da época, a qual já defendida a criação de um estabelecimento especial para os indivíduos com transtornos mentais que cometessem delitos. O manicômio judiciário seria criado no Brasil apenas em 1921, com grande influência do pensamento de Bénédict Morel (1809-1873), da psiquiatria, e de Cesare Lombroso (1835-1909), da antropologia criminal.⁶

Todavia, a internação no manicômio judiciário ainda não era, nesse período, uma medida de segurança, que apenas passou a ser prevista no Brasil com o Código Penal de 1940. E justamente para a previsão dessa internação como espécie de medida de segurança foram fundamentais as teorizações da Escola Penal Positiva italiana e suas críticas à Escola Penal Clássica.

Aponta a jurista Maria João Antunes que a Escola Positiva se revelou “decisiva para as fronteiras do direito penal se abrirem aos agentes inimputáveis em razão de anomalia psíquica, por via da imposição da medida de segurança de internamento” (2003, p. 348-349). Fundamentavam, até então, o regramento penal os princípios sustentados pelos integrantes da Escola Penal Clássica, que foram posteriormente ferrenhamente criticados pela Escola Positiva italiana.

A Escola Penal Positiva italiana possuía como elementos estruturantes, entre outros, a defesa social, o determinismo, a periculosidade e o utilitarismo. Partia-se do pressuposto de que a sociedade tinha o direito de se defender dos comportamentos criminosos e de que as pessoas não são dotadas de livre-arbítrio, como defendiam os clássicos. A pena devia ser aplicada de forma útil, visando à prevenção da criminalidade e não à sua mera retribuição, o que exigiria uma identificação da temibilidade social dos indivíduos.

Além de Cesare Lombroso (1835-1909), considerado o fundador da Escola Positiva italiana – com sua antropologia criminal –, são citados como os principais nomes da Escola Positiva Enrico Ferri (1856-1929), a quem se credita a criação da sociologia criminal, e o criminólogo Raffaele Garofalo (1851-1934). Foi esse último que introduziu o conceito de temibilidade, ancestral do hodierno conceito de periculosidade:

“a temibilidade implicava a perversidade constante do delinquente, bem como quantidade de mal previsto que se deveria recluir por parte dos indivíduos perigosos, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção: nascia a relação temibilidade-medida de segurança. Com a análise dos exames que constataavam a inadaptabilidade social do delinquente, como seu perigo social, escolhia-se, na medida de tratamento, o fim profilático a proteger a sociedade. A temibilidade era a justificativa para a imposição do tratamento” (FERRARI, 2001, p. 22).

Segundo Garofalo, a culpabilidade da Escola Penal Clássica, baseada em um suposto e fictício livre-arbítrio dos indivíduos, deveria ser substituída pela temibilidade, de modo que justamente essa temibilidade é que deveria servir como parâmetro para a resposta

6. Conforme: CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.

penal, e não a culpabilidade. Para tanto, a pena, de caráter retributivo ou dissuasivo, deveria ser substituída por uma medida de defesa social.

Além dos membros da Escola Penal Positiva italiana, outros nomes destacam-se na fundamentação teórica das medidas de segurança, como o jurista alemão Franz Eduard Ritter von Liszt (1851-1919), e os membros do movimento da Escola de Defesa Social, como o jurista italiano Filippo Gramatica (1901-[?]) e o jurista francês Marc Ancel (1902-1990).

O pensamento de Von Liszt teria, aponta o jurista brasileiro Eduardo Reale Ferrari, influenciado a primeira sistematização do instituto das medidas de segurança, que ocorreu no Anteprojeto do Código Penal suíço, de 1893, elaborado por Karl Stooss. Segundo Von Liszt, “a punição justificava-se ora por retribuição pelo mal praticado, ora por prevenção, diante do perigo de reiteração da conduta, legitimando a medida de tratamento com fulcro na recuperação, na intimidação ou na inocuização” (FERRARI, 2001, p. 29). O jurista alemão defendia, pois, a justiça e o utilitarismo como fundamentos do Direito Penal e da pena, que seria, por sua vez, uma *pena-fim*.

Quanto ao movimento de defesa social, Eduardo Reale Ferrari salienta sua importância para a fundamentação teórica das medidas de segurança:

“se é verdade que, no século XIX, os positivistas italianos foram os grandes revolucionários ideológicos na defesa de substitutivos penais, no século XX, o movimento de Defesa Social representou o grande propulsor das idéias preventivistas, conferindo relevo na evolução da medida de segurança” (2001, p. 24).

Filippo Gramatica, um dos principais nomes da Escola de Defesa Social, propunha a abolição do crime, que seria substituído por “índices de anti-sociabilidade subjetiva”, e também a abolição da proporcionalidade da pena, que seria substituída por “procedimento de defesa social adequado às exigências de cada indivíduo” (PASSOS, 1994, p. 149).

A pena retributiva deveria ser, segundo Gramatica, substituída por medidas de prevenção, medidas essas que teriam “na cura e na educação social do homem seus fundamentos” (FERRARI, 2001, p. 26). Conforme aponta o jurista Eduardo Reale Ferrari, para esse pensador da Escola de Defesa Social, “a preocupação com o aprimoramento do homem sobrepujava-se ao melhoramento da pena, devendo existir uma medida para cada pessoa e não uma pena para cada delito” (2001, p. 26).

Outro importante nome da Escola de Defesa Social é o jurista francês Marc Ancel (1902-1990). A corrente por ele encabeçada é denominada de “Nova Defesa Social” e teria sido influente na Reforma Penal brasileira de 1984 (PASSOS, 1994, p. 159). Suas ideias são consideradas mais moderadas⁷ em comparação com as de Filippo Gramatica. Conforme aponta Paulo Roberto da Silva Passos, “ao contrário de Gramática, que propunha a substituição da pena por medida mais compatível com a ‘ressocialização’, Ancel preocupou-se em erigir uma teoria que conjugasse a efetiva aplicação da pena com a ‘ressocialização’” (1994, p. 155).

7. Para uma comparação entre os pensamentos de Gramatica e de Ancel, ver: FERRARI Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 25-27.

Marc Ancel defendia uma verdadeira integração das penas com as medidas de segurança. Essa integração dar-se-ia no sentido de que a pena, apesar de fundada no livre arbítrio,⁸ deveria, em seu conteúdo, buscar a ressocialização dos apenados. Marc Ancel defendia, então, que fosse dado um maior relevo à execução penal. A execução, segundo o jurista, havia sido negligenciada pela Escola Penal Clássica.⁹

A emergência e a consagração do instituto das medidas de segurança nos Códigos Penais de diversos países do Ocidente deram-se, pois, com respaldo em teorizações que criticavam, com maior ou menor intensidade, as concepções de Direito Penal e de pena da Escola Clássica.

3. O EMBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A consagração do instituto das medidas de segurança nos ordenamentos jurídicos nos países do Ocidente foi marcada por um intenso debate, na literatura especializada, acerca da natureza jurídica do novo instituto. De um lado, havia os que apregoam sua natureza jurídico-penal, como os juristas brasileiros Nélson Hungria (1891-1969) e Aníbal Bruno de Oliveira Firmo (1890-1976) e, de outro lado, os que defendiam, convictos, sua natureza administrativa, como José Carlos de Ataliba Nogueira (1901-1983).

Entre os defensores da natureza jurídico-penal das medidas de segurança no século XX, destacavam-se os adeptos da Escola Penal Positiva. Os defensores do positivismo criminológico, negando o livre-arbítrio, defendiam a própria substituição da pena retributiva – baseada na culpa, na responsabilidade moral do indivíduo – por outra sanção/medida, baseada em sua periculosidade e legitimada pelo seu objetivo de defesa social.

Para os defensores ferrenhos da Escola Clássica, por sua vez, as medidas de segurança consistiam em uma medida de natureza administrativa.¹⁰ Esses pensadores, aponta a jurista portuguesa Maria João Antunes, “mantendo-se embora fiéis a um direito penal de penas, aceitavam uma decisão processual penal de internamento, por razões garantísticas e de conexão e economia processuais” (2003, p. 348-349).

Em 1937, em um dos primeiros trabalhos escritos no Brasil exclusivamente sobre o instituto das medidas de segurança, José Carlos de Ataliba Nogueira (1901-1983) assim definiu o novo instituto, que em poucos anos seria previsto no ordenamento jurídico brasileiro:

“é uma providência administrativa, jurisdicionalmente empregada para proteger a sociedade contra determinado indivíduo perigoso, imputável ou não, punível ou não,

8. A pena, fundada no livre-arbítrio, seria temporalmente limitada e, por essa razão, afirma o jurista brasileiro Paulo Roberto da Silva Passos sobre o pensamento de Ancel que “seu idealismo continuava preso a uma híbrida corrente de índole neoclássica-positivista” (1994, p. 156).

9. Para uma crítica de Ancel à Escola Penal Clássica, ver: ANCEL, Marc. La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 1, p. 190-195, jan.-mar. 1973.

10. Nesse sentido: HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v. 3. p. 120.

colocando-o na improbabilidade de praticar, novamente, um fato definido como crime ou contravenção” (NOGUEIRA, 1937, fls. 290).

Cumprе ressaltar que Código Penal de 1940 previa a aplicação de medida de segurança tanto a imputáveis como a imputáveis que fossem considerados perigosos.¹¹ A previsão de aplicação do instituto indistintamente àqueles considerados irresponsáveis e aos considerados responsáveis penalmente indicava a expectativa, então predominante, de as medidas de segurança serem instrumentos eficazes no combate à criminalidade.

Para Ataliba Nogueira, o fato de as medidas de segurança estarem previstas no Código Penal em nada alterava sua natureza administrativa:

“As medidas de segurança não invadem o campo do direito penal para afastar ou enfraquecer o *princípio da responsabilidade* sobre o que se funda. São estranhas ao direito

-
11. O Código Penal presumia como perigoso: o indivíduo que por “doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (os considerados inimputáveis); o indivíduo que “virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (os semi-imputáveis); “os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez”; os reincidentes em crime doloso; “os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores”. A Lei das Contravenções Penais ampliava a presunção de periculosidade: ao “condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez”; ao “condenado por vadiagem ou mendicância”; ao reincidente na contravenção de “Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele” (art. 50) e ao reincidente na contravenção de “Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração” (art. 58). As duas últimas presunções de periculosidade foram revogadas pela Lei 6.416, de 1977. A presunção de periculosidade deixava de prevalecer, no entanto, quando a sentença fosse proferida dez anos depois do fato nos casos de agentes inimputáveis e cinco anos depois do fato, nos outros casos. Em tais situações, a medida de segurança não seria iniciada, segundo o Código, sem a verificação de periculosidade (art. 78, parágrafo primeiro e segundo, do CP). Relevante apontar que essa previsão do art. 78 do CP, particularmente a referência a dez ou cinco anos “depois do fato” levou a interpretações díspares. A Lei 6.416, de 1977, alterou esse artigo, assim passando a dispor o § 1º do art. 78: “A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido período de tempo superior a dez anos, no caso do inciso I deste artigo, ou de cinco anos, nos outros casos”. Para além das hipóteses em que a periculosidade do indivíduo era presumida por lei, o Código Penal ainda previa, em seu art. 77, que “deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”. O artigo 77 do CP viria a ser alterado, todavia, pela Lei 6.416, de 1977, passando assim a dispor: “Art. 77 Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente: I – se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir; II – se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral”.

penal, que permanece homogêneo. Tão somente no *código penal* (e não no *direito penal*) se incluem as medidas de segurança, por motivos de conexão e de economia funcional (sic)” (1937, p. 116, grifos do original).

Nélson Hungria, por sua vez, em seu livro de comentários ao Código Penal de 1940, defendia que o entendimento de que as medidas de segurança possuem natureza administrativa, e não penal, era um “conceito já superado, nada mais traduzindo que um resquício da fase de extrema reação do classicismo ortodoxo contra a escola Penal Positiva” (1959, p. 27). Embora defendesse o caráter penal do novo instituto, Hungria, no entanto, afirmava que as medidas de segurança não eram sanções, tal como as penas: “A pena é *sanção* e se impõe por um fato certo, isto é, o crime praticado; a medida de segurança não é sanção e se impõe por um fato *provável*, isto é, o provável retorno à prática de fato previsto como crime (segundo a regra geral¹²)” (1959, p. 27, grifos do original).

Aníbal Bruno, outro renomado jurista que igualmente escreveu uma tese exclusivamente sobre o até então novo instituto das medidas de segurança, afirmava que a ideia de que as medidas de segurança possuem natureza administrativa, e não penal, “decorre do pressuposto, hoje insustentável, de que a órbita do direito penal se restringe ao simples domínio da culpa e da pena” (1977, p. 179).

Aníbal Bruno, imerso nas ideias do positivismo, afirmava já não serem mais suficientes, para o Direito Penal de seu tempo, as ideias de culpa e pena:

“O conceito real desse ramo do direito alarga-se modernamente muito além daqueles limites. Já não é possível reduzi-lo ao simples jogo daquelas fórmulas tradicionais, excluindo do seu âmbito de disciplina todas as medidas de aplicação pessoal sobre o delinquente, que os progressos da ciência do direito penal e das que lhe são correlatas e auxiliares venham a sugerir como meios jurisdicionais eficazes na luta contra o delito” (1977, p. 180).

A coexistência nos ordenamentos jurídicos de uma pena, respaldada na culpabilidade, e de uma medida de segurança, baseada na periculosidade dos indivíduos, representava, segundo Aníbal Bruno, um momento de transição e de modernização do Direito Penal, que progressivamente cederia às novas demandas sociais e jurídicas em prol do domínio da periculosidade e da medida de segurança, em detrimento da pena e da culpabilidade (1977, p. 185).

Ainda, rebatendo a concepção de que as medidas de segurança possuíam natureza administrativa, e não jurídico-penal, Aníbal Bruno alegava:

“[...] não é a polícia que as aplica, não são as leis administrativas que as prescrevem, não são as obras de direito administrativo, em geral, que delas tratam. São os códigos penais que as disciplinam, são as obras de direito penal que as estudam, são os juízes criminais que julgam de sua oportunidade, que as aplicam, que vigiam a sua execução, que as suspendem ou revogam” (1977, p. 178).

12. Essa ressalva, feita por Hungria, refere-se ao fato de que no Código Penal brasileiro de 1940 era possível, excepcionalmente, a aplicação de medida de segurança ainda que não tivesse ocorrido um fato previsto como crime.

Com relação aos órgãos de aplicação da medida de segurança, o jurista Moacyr Benedicto de Souza aponta que na Itália, onde a questão acerca da natureza jurídica das medidas de segurança teria suscitado maior polêmica, tal medida era, “embora acolhida no Código Penal, aplicada pelas autoridades administrativas” (SOUZA, 1979, p. 47). O jurista sustentava, pois, a hipótese de que a natureza jurídica da medida de segurança gerou tamanha polêmica na Itália particularmente porque eram as autoridades administrativas,¹³ e não jurisdicionais, que as aplicavam.

Ainda para elucidarmos as concepções subjacentes de Direito Penal comumente presentes nos posicionamentos acerca da natureza jurídica das medidas de segurança, destacamos dois trabalhos recentes de renomados juristas defendendo a natureza não penal das medidas de segurança, como a obra “Direito e Razão” (2010), de Luigi Ferrajoli, jurista italiano, e o “Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral” (1997), do jurista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, escrito em conjunto com o jurista brasileiro José Henrique Pierangeli (1934-2012).

Ferrajoli defende possuírem as medidas de segurança natureza administrativa, e entre as razões por ele elencadas, algumas delas referentes a particularidades da legislação italiana, o jurista considera como principal a peculiaridade de as medidas de segurança terem “os dois principais caracteres próprios dos provimentos administrativos”: “discricionariedade da sua aplicação e a sucessiva revogabilidade ou modificabilidade” (2010, p. 719).

Tais características são diametralmente opostas às características que deveriam, de acordo com a concepção de Ferrajoli, marcar a aplicação e execução da pena. Ora, a pena, segundo o garantismo, deve ser certa, previsível, determinada, o que vai de encontro com aquela que foi por muito tempo uma das principais características do instituto das medidas de segurança, tal como comumente previsto nos ordenamentos jurídicos dos países do Ocidente: a sua indeterminação.¹⁴

Zaffaroni e Pierangeli, por sua vez, diferenciam a natureza da medida de segurança a depender da espécie de medida em questão. As medidas pós-delituais aplicadas a imputáveis em razão de um delito, junto ou substituindo a pena, são consideradas pelos juristas como penas (1997, p. 124). Já as medidas de segurança destinadas a inimputáveis não teriam caráter materialmente penal, “mas só ‘formalmente’ por estarem previstas na lei penal”. Segundo Zaffaroni e Pierangeli:

“uma das provas mais acabadas de que não pode ser outra a sua natureza é que juridicamente não podem ser chamadas de ‘sanções’, ainda que na prática o sistema penal as

13. Moacyr Benedicto de Souza acrescentava, ainda, que “em alguns países também as medidas de segurança são executadas por órgãos administrativos, e muitas vezes alheios ao controle do Poder Judiciário. Na Suíça, por exemplo, segundo dispõe o art. 345 de seu Código Penal, os cantões têm competência para designação das autoridades que se encarregarão da aplicação das medidas de segurança, às quais caberão também a tarefa de determinar sua cessação” (1979, p. 47).

14. Segundo Ferrajoli, “esta indeterminação da duração, e a ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento da cessação, representa, seguramente, o aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais” (2010, p. 721).

distorça e a elas atribua eventualmente esta função, realidade que é necessário controlar e procurar neutralizar. Além disso, o seu fundamento não é a *periculosidade* em sentido jurídico-penal, isto é, a relevante probabilidade de que o sujeito cometa um delito), mas a periculosidade entendida no sentido corrente da palavra, que inclui o perigo de autoleção, que não pode ser considerada delito” (1997, p. 125, grifos do original).

Ora, a adoção da tese de que as medidas de segurança não possuem natureza penal con-diz plenamente com o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli sobre como deve ser o direi-to penal. Para os juristas, o direito penal deve ser um direito penal do ato, e não um direito penal do autor. No direito penal do autor, “o ato teria o valor de um sintoma da personali-dade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato” (1997, p. 119). Tal entendimento, defendido, entre outros, pelos adeptos da Escola Penal Positiva, seria, se-gundo os juristas, uma “corrupção do direito penal”, que deveria, pois, ser ater unicamente aos atos.

A adoção da natureza jurídica de sanção penal às medidas de segurança foi por mui-to tempo majoritariamente atrelada a uma concepção de direito penal influenciada pelos ideais autoritários de defesa social da Escola Penal Positiva, a qual é notoriamente caracte-rizada por seus posicionamentos antigarantistas e de expansão do Direito Penal. Nesse sen-tido, Raffaele Garofalo, um dos principais defensores da Escola Positivista italiana, assim criticava, em 1885, o Direito Penal do seu tempo, então imerso nos ideais da Escola Penal Clássica: “[...] a los ojos del pueblo, los códigos, los procedimientos y el mesmo poder ju-dicial parece que se ha puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a la sociedad contra el criminal” (2014, p. XXXVII).

Garofalo propunha, então, a inversão desses fins, que o Direito Penal, suas instituições e seus atores, objetivassem primordialmente a proteção da sociedade contra o criminoso. Carlos Alberto Elbert, em sua apresentação ao livro *La Criminología*, de Garofalo, conclui que “ante dos hipótesis político-criminais, Garófalo elige siempre la más opuesta a un sis-tema jurídico de garantías individuales, o bien la que resultase más cruenta, represiva y ex-trema” (2014, p. XIV).

Atualmente, por outro lado, a defesa da natureza penal das medidas de segurança é co-mumente feita por penalistas como forma de se assegurar uma maior segurança jurídica e isonomia na aplicação e execução das medidas de segurança, com a aplicação de amplas ga-rantias penais às medidas de segurança (limitação temporal das medidas de segurança ao tempo da pena máxima cominada ao delito, princípio da irretroatividade da lei penal mais benéfica, princípio da *non reformatio in pejus* etc.), o que vem sendo chamado de dualismo tendencialmente monista.

4. “DUALISMO VERSUS MONISMO”: DISPUTA E CONCILIAÇÃO ENTRE CLÁSSICOS E POSITIVISTAS

A emergência do instituto das medidas de segurança gerou questionamentos, entre os pensadores do Direito Penal, acerca das semelhanças e diferenças desse instituto com o tra-dicional instituto da pena; esses questionamentos inclusive perpassam pela problemática

da natureza jurídica das medidas de segurança. Conforme aponta o jurista Moacyr Benedicto de Souza, que escreveu, em 1966, uma tese¹⁵ exclusivamente sobre esse tema:

“Instala-se, a partir daí, o grande dissídio doutrinário, que se arrasta até nossos dias, movimentando congressos e mais congressos, e que agrupa, de um lado, os dualistas convictos, para os quais pena e medida de segurança se diferenciam substancialmente, e de outro lado, os partidários do monismo penal, liderados pelos positivistas, que defendem a adoção, nas legislações penais, de uma única forma de sanção, no combate à criminalidade” (1979, p. 31).

Aponta Aníbal Bruno que fulcral às divergências doutrinárias acerca das semelhanças e diferenças entre o novo instituto das medidas de segurança e o tradicional instituto da pena era o entendimento sobre o conceito da pena: “Embora atenuados os rigores do conceito clássico, o conteúdo retributivo da pena, resultante da responsabilidade moral do agente é, na realidade, o núcleo fundamental de toda a distinção” (1977, p. 151).

Moacyr Benedicto de Souza destaca que o dualismo penal representava uma postura de conciliação entre as posições clássicas e as positivas (1979, p. 35). O autor ainda afirma que “a maioria dos partidários da tese dicotômica, na verdade, não considera a medida de segurança uma espécie do gênero sanção penal” (1979, p. 48).

No Brasil, o Código Penal de 1940 representa justamente essa tentativa de conciliação da Escola Clássica com a Escola Positiva. Nesse sentido, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 (item 3):

“Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva” (CAMPOS, 1941, p. IV).

Entre os dualistas, descreve Souza, havia ainda grandes divergências acerca da adesão das medidas de segurança nas codificações. Havia quem defendesse que as medidas de segurança não deveriam estar nos Códigos Penais, por considerarem que elas possuem natureza administrativa (1979, p. 44). Havia, por outro lado, quem propusesse a elaboração de dois códigos distintos, um de natureza repressiva, que trataria da responsabilidade e das penas, e um de natureza preventiva, destinado à periculosidade e às medidas de segurança (1979, p. 43). E havia também quem defendesse que a separação entre os dois institutos se desse dentro do próprio código, que teria então uma parte repressiva e outra preventiva (1979, p. 43-44).

O jurista destaca que essa última opção parece, inclusive, ter sido a adotada pelo legislador do Código Penal de 1940. Consta, pois, na Exposição de motivos do Código Penal

15. Essa tese inclusive foi premiada pelo Prêmio Alcântara Machado de Direito Penal de 1966, ano em que fora escrita.

que “o título consagrado às medidas de segurança, com sua parte geral e sua parte especial, poderia ser denominado o ‘O Código de segurança dentro do Código Penal’” (SOUZA, 1979, p. 40).

Enquanto os dualistas, embora aceitassem a previsão do novo instituto nos ordenamentos jurídicos, não recusavam a importância de manutenção da pena nos moldes clássicos, o que pretendiam os positivistas era “substituir a sanção criminal adequada ao fato e fundada na culpabilidade, sobre a base da responsabilidade moral, pela sanção adaptada à personalidade do agente, segundo o seu estado perigoso, e tendo como razão e fundamento a defesa social” (BRUNO, 1977, p. 154).

Para denominar essa nova sanção que ocuparia o lugar da pena concebida nos moldes tradicionais, surgem entre os positivistas “denominações mais apropriadas ao novo instituto, sanção de Ferri e Grispigni, meios defensivos penais, de Florian” (BRUNO, 1977, p. 154). A necessidade de previsão de um novo nome teria se dado, aponta Aníbal Bruno, porque pena seria “uma expressão que se impregnou, desde as origens e através dos séculos, na linguagem comum e técnica, de um conteúdo específico, a que é fundamental a noção de castigo e de expiação” (1977, p. 154).

Aponta Moacyr Benedicto de Souza que o monismo não teve muitos defensores no Brasil. Segundo o jurista, “isso talvez se deva ao fato de a Escola Positiva, diante do ecletismo que domina em nossa doutrina penal, ter-se mostrado pouco atuante entre nós” (1979, p. 64). Destaca Souza que no Brasil, embora tenha tido no passado expoentes defensores do positivismo penal, como Nina Rodrigues (1862-1906), João Vieira de Araújo (1844-1922), naquele momento em que escrevia sua tese, em 1966, não eram muitos os que defendiam a Escola Positiva.

Entre os positivistas brasileiros defensores do monismo penal, Moacyr destaca Heitor Carrilho (1890-1954) e Hélio Gomes. E entre os defensores brasileiros do monismo sem filiação positivista, o jurista destaca José Frederico Marques e Basileu Garcia (1905-1985). Para esse último, “mais cedo ou mais tarde, há de vir a unificação dos meios de combate ao crime, como uma das conquistas da ciência penal” (GARCIA, 1956, p. 587).

4.1. *A consagração do dualismo e seus sistemas de aplicação*

Na disputa entre os defensores do monismo penal – para os quais a pena e as medidas de segurança deviam se unir em um instituto só ou, ainda, deveria prevalecer apenas uma delas – e os defensores do dualismo (ou também chamado de sistema de dupla via) – para os quais pena e medida de segurança coexistiriam – consagraram-se vencedores, com adesão pelas legislações dos países do Ocidente, aqueles que propugnavam pelo sistema dualista.

Segundo o jurista espanhol Agustín Jorge Barreiro, na evolução histórica do instituto das medidas de segurança, três sistemas revelaram-se mais importantes, quais sejam, o dualismo rígido, o dualismo flexível e o dualismo tendencialmente monista.

O dualismo rígido consubstancia-se no sistema duplo binário, adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940 e extinto pela reforma do Código de 1984. Tal sistema, conforme aponta a Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, “teve a missão histórica de

conciliar duas tendências opostas”, quais sejam, as tendências clássicas e positivistas. Esse sistema, tal como aponta Barreiro, é caracterizado:

“por defender um conceito retributivo da pena, que se justificava por si mesma como compensação pelo facto culposamente cometido, ao passo que as medidas de segurança, concebidas em termos de prevenção especial, seriam o complemento necessário à pena retributiva; e por postular a acumulação de penas e medidas de segurança privativas de liberdade quando as sanções devessem ser aplicadas conferindo prioridade ao cumprimento da pena, para assim satisfazer inequívocas exigências de justiça” (2001, p. 565).

O dualismo rígido encontra-se atualmente superado. Já em 1953, no VI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado na cidade de Roma, fora defendida a sua eliminação, tendo sido aprovado voto que propunha que:

“as futuras reformas da legislação se inspirem, tanto quanto possível, em princípios segundo os quais, em relação aos delinquentes para quem a pena aflictiva possa apresentar-se como inadequada ou insuficiente, como meio de reeducação, em vez de se acrescentar à pena uma medida de segurança distinta, submetendo, assim, o sujeito a diversos tratamentos sucessivos, seja desde o primeiro momento estabelecido um tratamento o mais possível unitário e adaptado às diferentes categorias de indivíduos” (SOUZA, 1979, p. 83).

A expressão “burla de etiquetas” representa a crise pela qual passou o sistema de duplo binário. A falência do sistema, teria se dado, aponta Heleno Cláudio Fragoso, por “nunca ter sido possível distinguir, na execução, a pena privativa da liberdade da custódia de segurança” e “também à precariedade do juízo de periculosidade, bem como à inexistência de estabelecimentos e de pessoal técnico” (1985, p. 406).

O termo “burla de etiquetas” teria sido originalmente empregado em 1924 pelo jurista alemão Eduard Kohlrausch (1874-1948). A expressão fora utilizada para criticar o sistema duplo binário no sentido de que o Estado aplicava ao indivíduo, com nome de medida de segurança, outra pena. O cerne da crítica era, pois, a possibilidade de o indivíduo, na vigência do duplo binário, ter sua liberdade privada duas vezes em decorrência do mesmo fato.

O sistema do dualismo flexível, por sua vez, é “condicionado na prática pelo sistema de vicariato” (BARREIRO, 2001, p. 510), que é o sistema segundo o qual não pode haver uma acumulação de uma pena com uma medida de segurança, evitando-se, assim, uma “dupla privação da liberdade” (BARREIRO, 2001, p. 565). Fora o sistema adotado pela reforma do Código Penal de 1984 para os casos de semi-imputabilidade.

Já o sistema dualista tendencialmente monista refere-se à tendência de aproximação da medida de segurança à pena. Segundo Agustín Jorge Barreiro, tal sistema:

“tende a pôr em prática uma concepção monista das consequências jurídico-penais do delito, que impeça a possibilidade de aplicar ao mesmo agente, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança privativas da liberdade, e que mantêm a medida da pena como ponto obrigatório de referência para a duração da execução da medida de segurança privativa de liberdade” (BARREIRO, 2001, p. 571).

O sistema dualista tendencialmente monista é criticado por Jorge Barreiro porque esse sistema, segundo o jurista, “produz uma indesejável e lamentável confusão ou assimilação entre pena e medida de segurança” (2001, p. 576), gerando uma desnaturalização do instituto das medidas de segurança.

O jurista espanhol igualmente aponta para uma crise do dualismo que se configuraria, primeiramente, pela crise do duplo binário e, posteriormente, pela progressiva aproximação entre penas e medidas de segurança e por questionamentos acerca “dos limites do poder punitivo do Estado quando se trata de aplicar medidas de segurança que podem ser tão gravosas ou mais que as penas, e que têm, em princípio, duração indeterminada” (BARREIRO, 2001, p. 563).

4.2. *O dualismo tendencialmente monista*

A aproximação das medidas de segurança às penas é uma tendência presente no direito brasileiro e igualmente presente na legislação e doutrina estrangeiras, como a alemã, a italiana, a espanhola e a portuguesa.¹⁶ A jurista portuguesa Maria João Antunes destaca marcas dessa tendência na história do instituto:

“Devendo-se destacar a aceitação progressiva da natureza penal da medida de segurança se foi traduzindo, de facto, numa aproximação ao direito das penas. Uma evolução marcada pelo objetivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias político-criminais, formais e materiais, que rodeia a aplicação das penas” (2003, p. 350).

Com características bem diferentes do monismo penal defendido por alguns renomados juristas positivistas, o recente fortalecimento de tendências monistas, objetivando estender às medidas de segurança as garantias penais asseguradas às penas, tem aproximado o já não tão novo instituto, baseado na periculosidade, do velho instituto, baseado na culpabilidade. Nesse sentido, o jurista espanhol Jesús María Silva Sanchez aponta:

“Últimamente – y en el virtud del renovado auge de las garantías liberales en las posiciones doctrinales – se perciben más bien tendencias orientadas a un monismo basándose en los principios básicos de la pena: muy en particular, el principio de proporcionalidad con el hecho cometido” (1997, p. 24).

É dessa tendência monista de aproximação das medidas de segurança ao regramento das penas a expressão “eticização das medidas de segurança”,¹⁷ expressão essa que seria usa-

16. Segundo Antunes: “Foram sendo expressão de todo este movimento de aproximação da medida de segurança à pena, através da palavra de ordem ‘Estado de Direito’, um conjunto de estudos que são exemplos os que integram a obra *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, Cedam, 1962, e os da autoria de F. NOWAKOWSKI, ‘Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen’, *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, 1963, p. 98 e ss., e de Eduardo Reale Ferrari, *Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001” (2003, p. 351).

17. Essa expressão, conforme aponta Figueiredo Dias, também é utilizada para se referir ao pensamento do jurista alemão Welzel, o qual procurou eticizar o fundamento das medidas de segurança levantando

da para fazer referência, aponta o jurista português Jorge de Figueiredo Dias, à relação “da aplicação de medidas de segurança com a prática pelo agente de um fato ilícito-típico e das consequências que daí decorrem, máxime, em matéria de conexão daquelas medidas com a matriz da prevenção geral (positiva) e de limitação legal da sua duração” (1999, p. 152).

A progressiva valorização do fato vem ocorrendo, aponta a jurista Maria João Antunes, paralelamente a um contexto de reivindicação dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais:

“Em geral, poder-se-á afirmar que a relevância crescente do facto, evolução que culmina no entendimento do *facto* como um outro *pressuposto* da aplicação da medida de segurança de internamento, é toda ela tributária de um mesmo desiderato: garantir o portador de anomalia psíquica, de forma efectiva, contra privações injustificadas ou excessivas da liberdade, o que vem a coincidir com os primeiros passos de um percurso no sentido de também em relação a este *cidadão* valer o ‘*princípio-regra da titularidade dos direitos fundamentais*’ e o modelo do *consentimento informado* para intervenções médico-psiquiátricas” (2002, p. 90-91, grifos do original).

No Brasil, essa aproximação do tratamento jurídico dado ao instituto das medidas de segurança como tratamento dado às penas pode ser identificada, em seu início, já na década de 1990 em importantes publicações, como a do jurista brasileiro Luiz Flávio Gomes, em seu artigo “Duração das medidas de segurança”, publicado na *Revista dos Tribunais* em 1991, em que defendia, com certo pioneirismo no Brasil, a inconstitucionalidade “dos dispositivos penais que cuidam da indeterminação das medidas de segurança” (1991, p. 263) e o artigo “Da prescrição das medidas de segurança”, publicado na *Revista dos Tribunais* em 1992, em que a jurista Janora Rocha Rosseti defendia a prescritibilidade das medidas de segurança. Ambos os artigos realçam as semelhanças entre pena e medida de segurança,¹⁸ e o texto de Rosseti diretamente defende a natureza de sanção penal das medidas de segurança.¹⁹

Outro trabalho acadêmico que tratou, no começo da década de 2000, da aplicação de garantias penais às medidas de segurança foi a dissertação de mestrado apresentada, em 2002, à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo do jurista Cristiano Avila Maronna,

a hipótese de que: “toda a liberdade externo-social só se legitima, em último termo, perante a posse da liberdade moral interior, a qual não pertence nem aos doentes mentais, nem tão-pouco àqueles que, em virtude de más inclinações, herdadas ou adquiridas, não se encontram em condições de uma livre decisão a favor da norma. Por isso não podem estes ter direito à plena liberdade externo-social, legitimando-se, quanto a eles, a aplicação de medidas de segurança privativas da liberdade” (1999, p. 151-152).

18. Segundo Gomes: “como ambas são medidas aflictivas, como têm finalidades iguais, como constituem ‘formas de controle social’ com privação ou restrição de direitos fundamentais, não se pode fazer distinção: todos os direitos (sobretudo os fundamentais) do condenado, valem *ipsis litteris* ao que está sujeito às medidas de segurança e, obviamente, devem ser respeitados” (1991, p. 260 e 261).
19. Nas palavras da jurista: “tendo a natureza de sanção penal, a pressupor a prática de ato ilícito e antijurídico, deve, tal como a pena privativa de liberdade, subordinar-se aos efeitos do decurso inexorável do tempo” (1992, p. 301).

intitulada “Limitação temporal da medida de segurança”, em que o autor defende que a medida de segurança deve ser limitada temporalmente pela pena máxima cominada ao crime. Em sua dissertação, Maronna realça as semelhanças entre as medidas de segurança e as penas.²⁰

Em 2001, o jurista Eduardo Reale Ferrari publicaria sua tese de doutorado intitulada “Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito”, em que busca uma compatibilização da aplicação e execução das medidas de segurança com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Sua obra tornou-se uma referência nacional sobre o instituto das medidas de segurança, trazendo uma abordagem mais moderna e uma defesa da aplicação de garantias penais às medidas de segurança.

Ferrari, objetivando demonstrar a necessidade da aplicação das garantias penais às medidas de segurança, realçou, em vários momentos do seu trabalho, as semelhanças entre as penas e as medidas de segurança, assim como reafirmou a natureza jurídica de sanção penal do instituto. As semelhanças entre os dois institutos foram realçadas, pelo jurista, em vários aspectos, por exemplo, quanto às finalidades, quanto à importância do fato, quanto à aflição, quanto aos fundamentos, quanto à natureza jurídica.

Com relação à importância do fato previsto como crime enquanto pressuposto para a aplicação das medidas de segurança, o jurista defende que a exigência prévia do delito é o que diferencia uma medida de segurança criminal de uma medida administrativa. Segundo o autor:

“O primeiro pressuposto essencial para a configuração de uma medida de segurança criminal constitui a prática de um ilícito-típico penal. A medida de segurança que prescindir da prática de um ilícito-típico não constituir-se-á em espécie de sanção penal, mas em medida terapêutica administrativa. O delito é, assim, um marco para a incidência da medida de segurança criminal” (FERRARI, 2001, p. 135).

Contestando, por sua vez, as distinções entre os dois institutos segundo as quais a pena seria baseada em um critério de justiça enquanto a medida de segurança seria meramente baseada em um utilitarismo, Ferrari aponta que também a pena tem fins utilitários “porquanto visa à reafirmação do ordenamento jurídico, à correção do criminoso e, até mesmo, à sua intimidação” (2001, p. 73). Com relação às medidas de segurança, por seu turno, o jurista defende que elas não são, e não devem ser, totalmente imunes a critérios de justiça:

“Destarte, a sanção-medida não possui apenas um fim utilitário, já que não é eticamente neutra, mas essencialmente justa. Proporcional ao fato praticado, a lei confere ao juiz parâmetros legais para escolher as espécies de medidas de segurança mais ajustadas ao ilícito-típico realizado, não admitindo excessos de segregação por mera utilidade, impondo-se limites éticos em sua imposição” (2001, p. 73).

20. “A medida de segurança, por seu conteúdo, é uma verdadeira pena. A dicotomia, portanto, traduz uma fraude de etiquetas que subtrai as históricas garantias do Direito Penal da culpabilidade do âmbito da medida de segurança” (MARONNA, 2002, p. 142).

O jurista defende, então, que a “medida de segurança criminal, por constituir uma das espécies de sanção penal impostas pelo Estado, deve observar todas as garantias e princípios constitucionais inerentes à pena” (2001, p. 91). Ao final de sua tese, Ferrari apresenta, ainda, algumas propostas de alteração da regulação brasileira das medidas de segurança; tais propostas referem-se aos limites mínimos e máximos das medidas de segurança criminal, à sua prescrição, à natureza jurídica da sentença que impõe a medida e à desinternação progressiva e progressão das medidas de segurança.

Nos últimos anos, multiplicaram-se os trabalhos acadêmicos que tratam da aplicação de alguma garantia penal às medidas de segurança e que também mobilizam o argumento de que as medidas de segurança, por serem sanções penais, devem ser submetidas a essas garantias jurídicas.²¹

Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passaram, especialmente nas duas últimas décadas, a reconhecer a necessidade de a aplicação e execução das medidas de segurança serem submetidas a algumas limitações, à semelhança das penas.

Nesse sentido, em 2005, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no HC 84.219, a inconstitucionalidade da indeterminação temporal das medidas de segurança, determinando que sua duração deveria se limitar ao período de 30 anos, tal como previsto no artigo 75 do Código Penal, antes da reforma promovida pela Lei 13.964, de 2019. Com um posicionamento ainda mais garantista, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça publica a Súmula 527, prevendo que a duração das medidas de segurança não poderia ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Também nessa esteira, a proposta de reforma do Código Penal que está em tramitação no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado 236, de 2012) prevê um limite máximo de duração das medidas de segurança: da pena cominada ao fato criminoso praticado ou de 30 anos “nos fatos criminosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, salvo se a infração for de menor potencial ofensivo”.²²

Em alguns julgados, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça passaram também a reconhecer expressamente a natureza jurídica de sanção penal das medidas de segurança, como no RHC 86.888, julgado em 2005, em que o STF reconhece que as medidas de segurança se sujeitam à prescrição, e no HC 226.014, julgado em 2012, em que o STJ reconhece o não cabimento da execução provisória das medidas de segurança que, assim como as penas, apenas poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da decisão.

Maria João Antunes ressalva que o novo tratamento dado às medidas de segurança pôs em causa “aquele que era tido como o princípio mais característico da sanção ‘medida de segurança’, o princípio que lhe imprimia caráter, quando contraposta à sanção ‘pena’ – [...] princípio da actualidade do estado perigoso” (2003, p. 352), o que tem provocado uma

21. Com uma simples pesquisa no *site* de buscas *google*, podem, pois, ser visualizados vários artigos publicados em revistas jurídicas eletrônicas abordando essa temática (SOUZA, 2014; MENDONÇA, 2015; BORELLI, 2011; FREITAS, 2014; ARAÚJO, 2008; FEITOSA, 2011).

22. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 236*, de 2012. Disponível em: [<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1645029382318&disposition=inline>].

descaracterização do instituto. A jurista portuguesa defende que o direito penal das medidas de segurança “seja repensado, à luz de princípios e regras político-criminais, que sejam próprios e específicos desta matéria”, o que significará, aponta a jurista, “um certo retorno àquela que deve continuar a ser a nota distintiva e característica desta sanção, quando contraposta à pena – a perigosidade criminal do agente” (2003, p. 355).

Esse retorno a um tratamento jurídico das medidas de segurança baseado na periculosidade do agente mostra-se, todavia, incompatível com o que nas últimas décadas vem sendo defendido pelo movimento da Reforma Psiquiátrica brasileira, que já na II Conferência Nacional em Saúde Mental, realizada em 1992, propunha a extinção de “todos os dispositivos legais que atribuem periculosidade ao doente mental” (BRASIL, 1994, p. 25).

Os novos entendimentos em saúde mental que embasam a reforma psiquiátrica brasileira vêm colocando em xeque algumas premissas adotadas pelo Direito acerca das pessoas com transtorno mental. Pautando-se nesses novos entendimentos, vem surgindo uma demanda por mudanças no tratamento jurídico dado a elas, sendo uma das principais demandas o reconhecimento da cidadania desses indivíduos.

Um dos corolários do reconhecimento da cidadania das pessoas com transtorno mental, aponta Jacobina (2008, p. 136), Barros (2010, p. 132), Coreia, Lima e Alves (1995, p. 2000), é a restituição de sua responsabilidade, o que tem como inevitável consequência pôr em discussão alguns institutos consagrados nos ordenamentos jurídicos dos países do Ocidente, entre eles, a incapacidade civil e a inimizabilidade penal.²³

Buscando um tratamento mais isonômico, e partindo dos novos entendimentos propagados pela Reforma Psiquiátrica, alguns teóricos passaram a defender, nos últimos anos, propostas de aplicação ampla das garantias penais às medidas de segurança, como as defendidas por Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert, em seu livro “Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo”, e a defendida por Virgílio Mattos em sua tese de doutorado apresentada à Università degli studi di Lecce, na Itália, e publicada no Brasil sob o título “Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas e segurança”.

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert, partindo da concepção de que a Lei da Reforma Psiquiátrica revogou os dispositivos do Código Penal que “sustentam a absoluta ausência de responsabilidade penal do usuário do sistema de saúde mental que praticou o ato ilícito” (2017, p. 98), defendem a adoção, pelo Direito Penal, da noção de que os indivíduos com transtorno mental possuem uma responsabilidade *sui generis*.

Os juristas apresentam, então, em seu trabalho conjunto, duas propostas referentes à responsabilização dos portadores de transtorno mental. Uma dessas propostas é apontada pelos teóricos como estando inserida em um “modelo garantista intermediário”, baseada no fato de que também as medidas de segurança, assim como as penas, são aflitivas,²⁴

23. Nesse sentido, ver: MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

24. “Em face do caráter aflitivo das medidas de segurança, seria fundamental que os direitos e garantias dos imputáveis condenados às penas carcerárias fossem ampliados aos portadores de sofrimento psíquico submetidos às medidas de internação psiquiátricas, sobretudo após o advento da Lei da

e outra proposta com viés abolicionista, em que se propõe a extinção do instituto das medidas de segurança e a exclusiva responsabilização da pessoa com transtorno mental na seara civil ou administrativa (2017, p. 111).

Segundo sua proposta denominada garantista, na responsabilização penal de um indivíduo portador de transtorno mental, primeiro há de se verificar a incidência de quaisquer substitutos processuais previstos na Lei 9.099/1985, quais sejam, composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Em um segundo momento, “devem ser analisados todos os pressupostos de configuração do delito, inclusive a culpabilidade, com exceção exclusiva da imputabilidade” (2017, p. 104).

Mister apontar que a segunda etapa traz algumas repercussões para a teoria do delito. Conforme inclusive apontado por Weigert e Carvalho, “para doutrina penalística majoritária, sobretudo os autores da teoria do delito, a imputabilidade constitui *pressuposto* e não *elemento* da culpabilidade” (2017, p. 94 – nota de rodapé 11, grifos do original). Sendo a imputabilidade tratada como pressuposto da culpabilidade, uma vez considerado inimputável, o indivíduo teria excluída a apreciação, no processo penal, de sua potencial consciência da ilicitude e de sua exigibilidade de conduta diversa.

Os juristas defendem, então, que o Direito Penal deve acompanhar os avanços obtidos pela Reforma Psiquiátrica. Nas palavras dos penalistas: “Cabe, portanto, à dogmática penal, adequar-se à nova realidade de compressão do fenômeno do sofrimento psíquico, redefinindo, no que for necessário, suas estruturas conceitual e categorial”.

Como um exemplo de alteração a ser seguido, Weigert e Carvalho defendem a tese esboçada pelo jurista Paulo de Queiroz de que “a ideia de culpabilidade não é totalmente estranha ao portador de sofrimento psíquico” (2017, p. 94). Dessa forma, uma vez constatada pelos saberes psiquiátricos a presença de algum transtorno mental, não restariam prejudicadas as análises dos outros elementos da culpabilidade, quais sejam, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Na terceira etapa, por sua vez, ocorreria a aplicação da pena, com a definição da espécie, quantidade e qualidade da pena. Segundo os juristas, deveria haver um tratamento semelhante ao que é realizado no caso dos indivíduos considerados semi-imputáveis,²⁵ devendo o juízo proceder à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, calculando, ademais, a diminuição da pena conforme “o nível de comprometimento que o sofrimento psíquico gerou na consciência da ilicitude e, consequentemente, na expectativa de um comportamento conforme as regras jurídicas” (2017, p. 106).

Na quarta e última etapa, deveria haver a fixação do regime da pena e a análise da possibilidade de substituição da forma carcerária por outra modalidade (2017, p. 106). Segundo os juristas:

Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/01), que impõe aos Poderes constituídos o dever de criar mecanismos humanitários de desinstitucionalização” (2017, p. 78).

25. “[...] [M]ais do que ter como pressuposto que o portador de sofrimento psíquico é imputável para fins de definição da quantidade de sanção aplicável, utilizando as ferramentas fornecidas pelo Código Penal, seria possível estabelecer como diretriz que o seu tratamento jurídico fosse similar ao da semi-imputabilidade” (2017, p. 105).

“sendo substituída, na fase executiva, a pena por medida de segurança, seria possível determinar o seu cumprimento em regime ambulatorial sempre que aos imputáveis fosse permitido usufruir do regime aberto ou substituir a pena privativa pela restritiva de direito” (2017, p. 106).

Importante apontar que, embora a proposta garantista defendida por Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert não requeira a abolição do instituto das medidas de segurança, os juristas defendem que a Lei da Reforma Psiquiátrica tornou ilegal “a manutenção de regimes segregacionais de execução das medidas de segurança”, tornando-se, assim, necessária a abolição dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.

As pessoas com transtornos mentais para as quais seja imposta uma medida de segurança deveriam ser submetidas, segundo a proposta de Weigert e Carvalho, às medidas de intervenções terapêuticas pelas quais passam qualquer indivíduo que tenha algum sofrimento psíquico. A individualização da pena funcionaria, assim, como limite máximo à duração das medidas de segurança.

A proposta de Virgílio de Mattos envolve, por sua vez, a abolição das medidas de segurança e a concepção de que também o indivíduo portador de um transtorno mental deve ser considerado, pelo Direito Penal, como imputável:

“Todos os cidadãos devem ser considerados imputáveis, para fins de julgamento penal, com todas as garantias a ele atinentes. Direito ao processo como reconstrução dos eventos que nele culminaram. Direito ao contraditório e à ampla defesa, com manejo de todos os instrumentos a ela inerentes. Em havendo condenação, imposição de pena com limites fixos – dentro dos intervalos de mínimo e máximos previstos –, possibilitando-se a detração, a progressão de regime, o livramento condicional e, em sendo o caso, transação penal, a suspensão condicional do processo e a extinção da punibilidade, pela prescrição” (2015, p. 185-186).

O transtorno mental, na proposta de Mattos, apenas poderá “servir como atenuante genérica, se houver relação entre a patologia e o crime, devendo a pena imposta ser cumprida, se o caso assim o exigir e apenas em períodos de crise, em hospital penitenciário geral” (2015, p. 168).

Relevante salientar que Mattos entende que a Constituição de 1988 não recepcionou o artigo 26 do Código Penal, por ser, nas palavras do autor, constitucionalmente inadmissível “a prisão perpétua, supostamente aplicada ‘em defesa da sociedade’, violando, na realidade, os direitos mais elementares de qualquer membro da sociedade sobre o qual pairasse a indicação de ser portador de sofrimento mental” (2015, p. 152).

Mattos, partindo dos novos entendimentos sustentados pela Reforma Psiquiátrica, defende, pois, um programa mínimo de ações, a serem executadas em qualquer país, com relação ao tratamento do indivíduo com transtorno mental que cometeu algum delito. Primeiramente, o jurista advoga pelo asseguramento do direito à autonomia e à responsabilidade desse indivíduo. E, segundo, Mattos salienta a necessidade de o embasamento do juízo de periculosidade passar a ser visto de uma forma crítica (2015, p. 167).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os primeiros Códigos Penais brasileiros, forjados pelos ideais da Escola Clássica, não incluíam o tratamento da pessoa com transtorno mental dentro do campo penal. A constatação da “loucura” levava ao reconhecimento de que a situação não dizia respeito ao campo de atuação do Direito Penal. Isso não significava, todavia, que ao Estado não caberia atuar em tais situações com outras medidas, que, por sua vez, eram relacionadas com as próprias concepções então predominantes do lugar social da “loucura”.

A previsão do instituto das medidas de segurança nos ordenamentos jurídicos do Ocidente em geral e no Brasil representou uma perda da hegemonia da Escola Clássica e uma ascensão da Escola Penal Positiva. Para os juristas aliados a uma concepção clássica de direito penal, as medidas de segurança consistiam em medidas administrativas previstas no Código Penal. Os juristas positivistas ou que buscavam a conciliação entre as concepções clássicas e positivistas de direito penal, por sua vez, defendiam a natureza de sanção penal ou de medida penal das medidas de segurança.

Num contexto teórico em que as concepções e os pressupostos clássicos de Direito Penal e de pena eram criticados e, ao mesmo tempo, ocorria uma ascensão dos ideais utilitaristas e de prevenção da Escola Positivista, tornou-se defensável, para parte da doutrina, a ideia de uma medida de segurança penal indeterminada, baseada na periculosidade dos indivíduos.

Nesse sentido, o posicionamento de Nélson Hungria e Aníbal Bruno. Hungria criticava a reação do classicismo ortodoxo contra a Escola Penal, concebendo, assim, um Direito Penal influenciado por ambas as escolas. Mister apontar que, embora Hungria defendesse a natureza penal das medidas de segurança, segundo o penalista o novo instituto não configuraria uma sanção, uma vez que não se impunha por um fato certo, mas por um fato provável. Aníbal Bruno, adepto do positivismo, afirmava a natureza de sanção penal das medidas de segurança e criticava o posicionamento doutrinário que restringia a órbita do direito penal ao domínio da culpa e da pena. Segundo Aníbal Bruno, o Direito Penal acabaria cedendo em prol do domínio da periculosidade e da medida de segurança, em detrimento da pena e da culpabilidade (1977, p. 185).

José Carlos de Ataliba Nogueira, por sua vez, defendia a natureza administrativa das medidas de segurança, que apenas estariam na legislação penal por razões de conexão e economia funcional. Segundo o autor, o direito penal é fundado pelo princípio da responsabilidade, de forma que não seria possível uma medida penal que não fosse nesse princípio fundada.

No embate doutrinário sobre a natureza jurídica das medidas de segurança, as concepções sobre o próprio Direito Penal possuíram no século XX, e ainda possuem, um papel importante. Mostraram-se, assim, de fundamental importância questionamentos como “o que integra o campo penal e o que não?”, “o Direito Penal se restringe à culpabilidade ou pode também abranger a periculosidade?”.

Mais recentemente, Luigi Ferrajoli, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli também trataram do embate sobre a natureza jurídica das medidas de segurança. Ferrajoli, expoente do garantismo, defende a natureza administrativa das medidas de segurança. Zaffaroni e Pierangeli, defensores de um direito penal do ato, afirmam que as medidas de

segurança para imputáveis eram verdadeiras penas e que as medidas de segurança para inimputáveis são materialmente administrativas e formalmente penais por estarem previstas na legislação penal.

No embate teórico sobre a natureza jurídica das medidas de segurança historicamente inclui-se também o dissídio entre dualistas e monistas. Para os primeiros, pena e medidas de segurança era institutos substancialmente diferentes. Moacyr Benedicto de Souza destacou em seu livro “O problema da unificação da pena e da medida de segurança” (1979) que a maioria dos adeptos da tese dicotômica em meados do século XX não considerava a medida de segurança como uma sanção penal. Os monistas, por sua vez, em sua maioria positivistas, defendiam a adoção nas legislações de uma única forma de sanção para combater a criminalidade. Segundo Aníbal Bruno, os monistas positivistas pretendiam a substituição da sanção criminal fundada na culpabilidade por uma sanção condizente com a personalidade do agente, conforme sua periculosidade (BRUNO, 1977, p. 154).

Entre monistas e dualistas, consagrou-se nos ordenamentos jurídicos do Ocidente o dualismo. Segundo o jurista espanhol Agustín Jorge Barreiro, pode-se diferenciar três sistemas na história das medidas de segurança: o dualismo rígido, o dualismo flexível e o dualismo tendencialmente monista. O rígido seria caracterizado pelo sistema duplo binário, adotado pelo Código Penal de 1940, segundo o qual a pena mantinha-se em seu caráter retributivo e as medidas de segurança seriam concebidas como complemento voltado à prevenção especial. O dualismo flexível seria caracterizado pelo sistema vicariato, segundo o qual não pode haver uma acumulação entre uma pena e uma medida de segurança. E o sistema dualista tendencialmente monista refere-se à aproximação do tratamento jurídico dado às medidas de segurança ao tratamento jurídico dado às penas, o que vem comumente feito com a afirmação das semelhanças entre pena e medida de segurança, inclusive com a ênfase na natureza de sanção penal das medidas de segurança.

O dualismo tendencialmente monista mostra-se com uma tendência atual presente na doutrina e nas legislações de vários países, inclusive no Brasil. Segundo o renomado Agustín Jorge Barreiro, o “dualismo tendencialmente monista”, como a própria expressão sugere, tende ao monismo, impedindo de aplicar ao mesmo agente pelo mesmo fato uma pena e uma medida de segurança, mantendo a medida da pena como ponte de referência obrigatória da duração da execução da medida de segurança privativa de liberdade (BARREIRO, 2001, p. 571).

Também o jurista espanhol Jesús María Silva Sanches trata dessa tendência monista, apontando sua ligação com a renovada importância dada pela doutrina às garantias liberais e sua orientação pelos princípios da pena, com destaque para o princípio da proporcionalidade com o fato cometido (1997, p. 24).

O jurista português Jorge de Figueiredo Dias refere-se à recente tendência monista como “eticização das medidas de segurança” particularmente para nomear a relação entre a aplicação das medidas de segurança com a prática do fato ilícito típico e de suas consequências, como a vinculação da medida de segurança com a prevenção geral positiva e a limitação legal de sua duração (1999, p. 152).

A jurista portuguesa Maria João Antunes aponta de que modo a valorização do fato como pressuposto da medida de segurança vem ocorrendo para proteger a pessoa com transtorno

mental contra privações injustificadas ou excessivas de sua liberdade, o que coincide com o movimento de reivindicação dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

No Brasil, encontramos sinalizações do dualismo tendencialmente monista na doutrina desde a década de 1990. Em 2021, o jurista Eduardo Reale Ferrari publicou sua obra “Medidas de segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito”, que se tornou uma referência nacional sobre as medidas de segurança e a necessidade de aplicação de garantias penais ao instituto.

Nos últimos anos, multiplicaram-se os textos acadêmicos brasileiros que podem ser identificados como defesas do dualismo tendencialmente monista no Brasil, notadamente por defenderem a aproximação do regramento das medidas de segurança com o regramento das penas. Importante marco brasileiro da implantação do dualismo tendencialmente monista é a Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça, estipulando que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

O dualismo tendencialmente monista tem sido alvo de críticas por alguns juristas, como Maria João Antunes e Agustín Jorge Barreiro, que apontam estar havendo uma desnaturalização do instituto das medidas de segurança. Antunes sugere, como proposta de reação a essa desnaturalização, que as medidas de segurança sejam novamente pensadas a partir da sua característica distintiva, que é a periculosidade do agente (2003, p. 355).

A noção de periculosidade das pessoas com transtorno mental é, no entanto, altamente criticada pelos novos entendimentos em saúde mental defendidos pela Reforma Psiquiátrica brasileira, que propõem também uma crítica à categoria jurídico-penal de inimputabilidade. Uma das principais demandas da Reforma Psiquiátrica é justamente o reconhecimento da cidadania das pessoas com transtorno mental.

Em diálogo com as demandas trazidas pela Reforma Psiquiátrica, alguns juristas vêm propondo alterações mais inovadoras no tocante ao tratamento jurídico direcionado às pessoas com transtorno mental que cometeram delitos, como Salo de Carvalho, Mariana de Assis Brasil e Weigert e Virgílio Mattos.

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert defendem a adoção, pelo Direito Penal, da noção de que os indivíduos com transtorno mental possuem uma responsabilidade *sui generis*. Os dois juristas apresentam uma proposta intermediária garantista, em que apresentam sugestões para a dogmática penal e processual penal e também para a execução das medidas de segurança em conformidade com os princípios da Reforma Psiquiátrica; e uma proposta abolicionista de extinção das medidas de segurança, com a responsabilização dessas pessoas exclusivamente no âmbito civil ou administrativo (2017, p. 111).

A proposta de Virgílio de Mattos envolve, por sua vez, a abolição das medidas de segurança e o reconhecimento da imputabilidade das pessoas com transtorno mental, para quem também seriam aplicadas penas, que apenas excepcionalmente, em momentos de crise, seriam cumpridas em hospital penitenciário geral (2015, p. 168).

Destaca-se, por fim, a partir deste trabalho, a necessidade de que os posicionamentos teóricos jurídico-penais sejam analisados dentro de seu contexto. Caso contrário, seria absurda, numa análise superficial, a constatação de que juristas com concepções positivistas

de Direito Penal e também juristas garantistas (ou com objetivos garantistas) posicionaram-se teoricamente defendendo a natureza penal das medidas de segurança.

6. REFERÊNCIAS

- AMARANTE, Paulo. Asilos, alienados e alienistas: pequena história da psiquiatria no Brasil. In: AMARANTE, Paulo (Org.). *Psiquiatria social e Reforma Psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1994.
- AMARANTE, Paulo. *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- AMARANTE, Paulo. *Saúde mental e atenção psicossocial*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
- ANCEL, Marc. La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 1, p. 190-195, jan.-mar. 1973.
- ANTUNES, Maria João. *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ANTUNES, Maria João. O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 347-363, jul.-set. 2003.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Prazos (mínimo e máximo) das medidas de segurança*. 2008. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/11119/prazos-minimo-e-maximo-das-medidas-de-seguranca>]. Acesso em: 01.04.2017.
- BARREIRO, Agustín Jorge. A crise actual do dualismo no Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 11, n. 4, p. 527-601, out.-dez. 2001.
- BARREIRO, Agustín Jorge. El enfermo mental delincuente y peligroso ante el CP de 1995. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2. Época, n. 6, p. 177-222, jul. 2000.
- BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni de. *Por uma política de atenção integral ao louco infrator*. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010.
- BORELLI, Rafael de Souza. O limite máximo da medida de segurança. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 6, n. 3, p. 53-77, out.-dez. 2011. Disponível em: [www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/8219/9069]. Acesso em: 01.04.2017.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos. In: REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. *Código Penal Decreto-Lei 2840 – 07.12.1940*. Imprensa Nacional: Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf]. Acesso em: 01.01.2024.
- CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1998.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. A punição do sofrimento psíquico no Brasil: reflexões sobre os impactos da reforma psiquiátrica no sistema de responsabilização penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 11, n. 48, p. 55-90, jan.-mar. 2013.
- CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *Sofrimento e clausura no Brasil contemporâneo: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança*. Empório do Direito, 2017.

- CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL (Brasília: 1992). *Relatório final da 2ª Conferência Nacional de Saúde Mental*. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Assistência à Saúde, Departamento de Assistência e Promoção à Saúde, Coordenação de Saúde Mental, 1994.
- CORREIA, Ludmila Cerqueira; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; ALVES, Vânia Sampaio. Direitos das pessoas com transtorno mental autoras de delitos. *Cad. Saúde Pública*, [s.l.], v. 23, n. 9, p. 1995-2002, 2007. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2007000900002]. Acesso em: 01.11.2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- FEITOSA, Isabela Britto. *A aplicação da medida de segurança no direito penal brasileiro*. 2011. Disponível em: [www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5982]. Acesso em: 01.09.2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- FERRARI, Eduardo Reale. Medidas de segurança e o decreto de indulto: a esperança venceu o medo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 195, p. 5-6, fev. 2009.
- FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. *Medida de segurança*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Doença mental e psicologia*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2000.
- FOUCAULT, Michel. *História da Loucura: na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FREITAS, Ana Clelia de. Medida de segurança: princípios e aplicação. *DireitoNet*, 17.06.2014. Disponível em: [www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8536/Medida-de-seguranca-principios-e-aplicacao]. Acesso em: 01.09.2017.
- GARÓFALO, Raffaele. *La criminología: estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. Buenos Aires: B de F, 2014.
- GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 663, p. 257-267, jan. 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Medidas de segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 64-72, abr.-jun. 1993.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. v. 3.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Direito Penal da loucura: medida de segurança e Reforma Psiquiátrica. *Revista de Direito Sanitário*, [s.l.], v. 5, n. 1, p. 67-85, mar. 2004.
- MARCHEWKA, Tânia Maria Nava. As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 175-189, jan.-jun. 2004.
- MARONNA, Cristiano Ávila. *Limitação temporal da medida de segurança*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

- MENDONÇA, Maura Jorge Bordalo; CASTRO, Clara. Interpretação constitucional da indeterminação temporal das medidas de segurança. *WebArtigos*, 26.08.2015. Disponível em: [www.webartigos.com/artigos/interpretacao-constitucional-da-indeterminacao-temporal-das-medidas-de-seguranca/135081#ixzz4xf8ltPKI]. Acesso em: 01.10.2016.
- NOGUEIRA, J. C. Ataliba. *Medidas de segurança*. São Paulo: Saraiva e Cia, 1937.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva. Algumas considerações críticas ao movimento da nova defesa social. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 148-160, abr.-jun. 1994.
- PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-355, maio-ago. 2002.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- ROSSETI, Janora Rocha. Da prescrição das medidas de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 679, p. 301-307, maio 1992.
- SÁ, Alvino Augusto de; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO, Rafael Barone. Medidas de Segurança: necessárias reflexões pós-advento da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 249, p. 11-12, ago. 2013.
- SANTOS, Quintila Garcia. Medida de segurança: (in)compatibilidades no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p. 245-267, ago. 2014.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales*. Barcelona: José María Bosch, 1997.
- SOUZA, José Alves de. Limite temporal da medida de segurança. *Conteúdo Jurídico*, 10.05.2014. Disponível em: [www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47923&seo=1]. Acesso em: 05.11.2017.
- SOUZA, Moacyr Benedicto de. *O problema da unificação da pena e da medida de segurança*. São Paulo: J. Bushatsky, 1979.
- VIEIRA, Vanderson Roberto. “Medidas de segurança” por tempo indeterminado (perpétuas): impossibilidade constitucional. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; MAGRINI, Rachel de Paula (Coord.). *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. RT, 2013.

7. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 236*, de 2012. Reforma do Código Penal. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1645029382318&disposition=inline]. Acesso em: 24.04.2022.

8. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 226.014/SP*, Quinta Turma, j. 19.04.2012, *DJe* 30.04.2012, Relatora Min. Laurita Vaz. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/

GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102812004&dt_publicacao=30/04/2012].

Acesso em: 01.01.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 527*, Terceira Seção, j. 13.05.2015, *DJe* 18.05.2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=527&b=-SUMU&tp=T]. Acesso em: 01.04.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 84.219/SP*, Primeira Turma, j. 16.08.2015, *DJe* 23.09.2005, Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79519]. Acesso em: 01.01.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 86.888/SP*, Primeira Turma, j. 08.11.2005, *DJe* 02.12.2005, Relator Min. Eros Grau. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=103050]. Acesso em: 01.01.2024.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A escuta de adolescentes com sofrimento mental e em conflito com a lei no contexto da saúde mental: prevenção às medidas de segurança?, de Dayana Coelho Souza e Filomena Elaine Paiva Assolini – *RBCCrim* 144/501-518;
- Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 172/161-206;
- Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – *Ciências Penais* 9/137-149 – *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2;
- Editorial do dossiê "Crime e loucura": estudos inter e transdisciplinares sobre os reflexos jurídico-penais da Lei Antimanicomial sobre as medidas de segurança, de Éldia Lauris e Patrícia F. Carlos Magno – *RBCCrim* 144/17-28;
- Inimputáveis e medida de segurança, de Jaques de Camargo Penteado e Oswaldo Henrique Duek Marques – *RT* 1019/305-315;
- Medida (de segurança) cautelar: uma análise dogmática e criminológica do art. 319, VII, do Código de Processo Penal, de Thayara Castelo Branco, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Claudio Alberto Gabriel Guimarães – *RBCCrim* 149/299-325;
- Medida de segurança: estudo sobre a possibilidade de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 142/47-77; e
- Perigosidade – intervenção estatal em expansão?, de Maria João Antunes – *RBCCrim* 121/191-206.

CRIMINAL COMPLIANCE COMO TRABALHO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

CRIMINAL COMPLIANCE AS A WORK OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

THOMAS ROTSCH

Professor de Direito Penal, Processo Penal, Direito Penal Econômico e Direito Penal Ambiental na Universidade Justus-Liebig de Gießen. Fundador, editor-chefe e editor da *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* (ZfISw).

DENNIS KLEIN

Professor Assistente e colaborador científico na Universidade Justus-Liebig de Gießen.

TRADUÇÃO:

RAPHAEL BOLDT

Pós-Doutorado em Direito Penal pela Goethe-Universität/Frankfurt am Main e em Criminologia pela Universität Hamburg (ambos com bolsa DAAD). Doutor e Mestre 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 (Doutorado e Mestrado) da FDV. Coordenador do Grupo de Pesquisa CNPq/FDV "Sistema Penal e Segurança Pública". Advogado. raphael@jorioboldt.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10719069>].

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: Como expressão do requisito constitucional de certeza (artigo 103 (2) da Lei Fundamental), o chamado requisito de clareza das normas exige que as normas penais sejam formuladas de forma tão precisa que os indivíduos potencialmente afetados possam prever em que condições podem esperar ser punidos.

ABSTRACT: As an expression of the constitutional requirement of certainty (Article 103 (2) of the Basic Law), the so-called requirement of clarity of norms requires that criminal norms be formulated so precisely that those potentially affected can predict under what conditions they can expect to be punished. In the sometimes

ROTSCH, Thomas; KLEIN, Dennis. Tradução: RAPHAEL BOLDT.

Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 159-184. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10719069>].

Nas subáreas, às vezes altamente complexas, do direito penal econômico ou acessório, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) relativiza essa exigência constitucional com a ajuda dos aspectos orientadores do destinatário da norma tipicamente afetado e da situação de ação tipicamente coberta. A jurisprudência do Tribunal Federal de Justiça (BGH), por sua vez, exacerba essa situação inicial ao aplicar estritamente as regras de erro do direito penal no contexto de crimes de colarinho branco. O artigo examina as consequências teóricas e práticas dessa jurisprudência para o cumprimento penal preventivo e aponta que seu foco também deve estar na interrupção da "imputação subjetiva".

PALAVRAS-CHAVE: Criminal Compliance – Interpretação constitucional – Direito Penal Econômico.

highly complex sub-areas of economic or accessory criminal law, the BVerfG relativizes this constitutional requirement with the help of the guiding aspects of the norm recipient typically affected and the action situation typically covered. The BGH jurisprudence, in turn, exacerbates this initial situation by strictly applying the error rules of criminal law in the context of white-collar crimes. The article examines the theoretical and practical consequences of this jurisprudence for preventive criminal enforcement and points out that its focus also should be on interrupting "subjective imputation."

KEYWORDS: Criminal Compliance – Constitutional interpretation – Economic Criminal Law.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Clareza das normas como uma promessa de garantia do princípio da legalidade. 1. Elementos da exigência de certeza. 2. Destinatário do requisito de clareza das normas. 3. Destinatário das leis penais. III. Clareza normativa para "o" destinatário da norma. 1. Compreensibilidade e linguagem jurídica. 2. A exigência indeterminada de certeza. 3. O destinatário típico da norma. 4. A origem do destinatário típico da norma na jurisprudência do BVerfG. IV. Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional. 1. A determinação do requisito comportamental objetivo como um trabalho de interpretação constitucional. 2. Determinação dos requisitos para a imputação subjetiva como uma tarefa de interpretação constitucional. 3. As regras sobre o erro no direito penal como argumento contra a "obscuridade" de uma lei penal. 4. Desenvolvimento atual da jurisprudência do BGH sobre o problema do erro. a) Normas obscuras e dogmática do erro. b) Mudança dos âmbitos de aplicação dos §§ 16, 17 do Código Penal (StGB). 5. Novamente: interrupção da "imputação subjetiva" como tarefa do Criminal Compliance. 6. Ambiguidade das normas como consequência da técnica das leis penais em branco. a) A técnica das leis penais em branco como um obstáculo à compreensão. b) Justificativa constitucional das leis penais em branco, considerando a situação específica de ação. c) Regras sobre o erro no direito penal e leis penais em branco. V. Excurso: Criminal Compliance e exigência constitucional de precisão. VI. Considerações finais.

I. INTRODUÇÃO

"A afirmação de que a lei se dirige ao povo é contrariada pelo fato indiscutível de que o povo desconhece os princípios jurídicos. [...] Os cavalheiros sombrios são aqueles que estão intimamente familiarizados com os segredos da lei de câmbio e comércio, com os regulamentos relativos ao comércio de gado e à concorrência desleal; o comerciante, sem

ROTSCH, Thomas; KLEIN, Dennis. Tradução: RAPHAEL BOLDT.

Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 159-184. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10719069].

medo e sem culpa, conhece a lei que lhe diz respeito apenas na medida em que aprendeu com sua profissão, com o convívio geral e com os acontecimentos da vida comercial.”¹²

Foi assim que Max Ernst Mayer descreveu a falta de conhecimento jurídico do destinatário da norma já no início do século XX. Atualmente, esses “cavalheiros sombrios” criam departamentos de *compliance* em suas empresas para desenvolver Sistemas de Gestão de *Compliance* (SGC) e se empenham – com altos custos – em fornecer instruções sobre como evitar crimes ou infrações administrativas relacionados à empresa ou como lidar com eles – não menos dispendiosamente – muitas vezes em estreita cooperação com os órgãos de persecução penal.³ Na economia global hipertroficadamente regulamentada, até mesmo o comerciante honrado, sem medo ou culpa, é hoje mais do que nunca confrontado com o desafio de antecipar as implicações das sanções jurídico-penais de seu comportamento.⁴

Não se sabe se o destinatário da norma está apenas interessado em suas obrigações legais e as reconhece como tal – mesmo que apenas por cálculo econômico⁵ – ou se ele realmente as compreende. Entretanto, a jurisprudência constitucional considera a previsibilidade da punição – e, portanto, a compreensão das leis penais – como uma das promessas de garantia do artigo 103 (2) da Lei Fundamental, § 1, do Código Penal.⁶ Contudo, em decisões mais recentes do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) há também a afirmação de que em “casos limítrofes” é suficiente que o destinatário da norma possa pelo menos reconhecer o “risco” de responsabilidade criminal com base no tipo penal.⁷ É óbvio que o “direito penal econômico”⁸ e o “criminal *compliance*” geralmente lidam com esses casos limítrofes.⁹ Com isso, a obrigação real de ilustrar a ameaça de punição de uma forma compreensível

1. M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903 (Nachdruck 1965). p. 6.

2. Versão original alemã intitulada *Criminal Compliance als verfassungsrechtliche Auslegungssarbeit*, publicada originalmente em ROTSCH, Thomas (Ed.). *Criminal Compliance: Status quo und Status futurus*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2021. S. 321-349.

3. Sobre o caráter dualístico do *Compliance* Criminal – Prevenção e Repressão – consulte também: in: Rotsch (Hrsg.). *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013, S. 3 (8 ff.); e também recentemente, por exemplo: Prittwitz/Zink, in: Rotsch (Hrsg.). *Criminal Compliance: Status quo und Status futurus*. 2021, S. 251 (258).

4. Cf. Rotsch, ZIS 2010, 615 f.; do mesmo., in: Rotsch (Hrsg.). *Criminal Compliance, Handbuch*, 2015, § 1 Rn. 14. Recentemente, o mesmo: in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.). *Handbuch des Strafrechts*. Bd. 1: Grundlagen des Strafrechts, 2019, § 26 Rn. 6.

5. Prittwitz/Zink (Fn. 2), S. 270.

6. BVerfGE 71, 108 (114); 73, 206 (234 e seguintes); ver também Nolte/Aust, em: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz, Kommentar*, v. 3, 7. ed., 2018, art. 103, parágrafo 140, com mais referências.

7. BVerfG NJW 2008, 3627.

8. Para a problemática da definição do termo, ver: Rotsch, in: Momsen/Grützner (Hrsg.). *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. Aufl. 2020, § 2 Rn. 1. Dobrosz, *Wirtschaftsstrafrecht und Divisionalisierung, Ein Beitrag zu Begriff und Systematisierung des Wirtschaftsstrafrechts*, 2020.

9. Rotsch, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.). *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*. 5. Aufl. 2019, 1. Teil, 4. Kap. Rn. 7.

rapidamente se transforma em mera alusão ao comportamento afinado com o risco (penal). Até o BVerfG admite que “o risco de punição” aumenta com a crescente imprecisão na formulação do tipo penal.¹⁰ Não se pode afirmar que esse risco seja reduzido pela atividade legiferante moderna. Ao recorrer ao mero risco de punição, o próprio direito penal se torna um risco.¹¹

Com isso, constrói-se uma ponte para uma das condições essenciais para o surgimento do *criminal compliance*, ou seja, a opacidade das obrigações legais do tomador de decisão.¹² O destinatário da norma e o consultor de *compliance* são confrontados com apelos comportamentais ambíguos, especialmente no contexto do direito penal econômico, em que as raízes dessas ambiguidades podem estar na situação de tomada de decisão real pouco clara, bem como – alternativa ou cumulativamente – em fundamentos normativos pouco determinados.¹³ Diante dessa situação, a tarefa do *criminal compliance* é determinar *a priori* as obrigações jurídicas concretas do destinatário da norma e, assim, apresentar sugestões de ações tão concretas quanto possível, cuja observância deverá evitar a responsabilidade penal. Portanto – pelo menos à primeira vista –, trata-se de minimizar o risco de punição penal, esclarecendo as normas legais de comportamento, cuja violação o legislador tornou punível.

O fato de que esse é supostamente um campo de atividade do *compliance criminal* deve ser surpreendente no contexto do princípio da legalidade estabelecido no artigo 103 (2) da Lei Fundamental, uma vez que a norma constitucional inicialmente apenas determina que o legislador formule a disposição penal da forma mais precisa possível. Dificilmente se pode esperar um efeito verdadeiramente disciplinar do artigo 103 (2) da Lei Fundamental.¹⁴ Portanto, este artigo tem como objetivo esclarecer as implicações constitucionais do *criminal compliance*. Ao fazer isso, ficará evidente que o trabalho de interpretação da lei constitucional representa uma das tarefas mais difíceis do *compliance* relacionado ao crime.

II. CLAREZA DAS NORMAS COMO UMA PROMESSA DE GARANTIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade na legislação alemã está estabelecido no artigo 103 (2) da Lei Fundamental. Na legislação ordinária, ele é padronizado no § 1 do Código Penal (StGB), § 3, OWiG e art. 7, ECHR.¹⁵ Em detalhes, ele exige que a lei penal seja certa (determinada),

10. BVerfG NJW 1995, 1141 (1143).

11. Rotsch, ZStW 125 (2013), 481 (495).

12. Rotsch (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 4. Do mesmo: ZStW 125 (2013), 481 (489); Saavedra, in: Rotsch (Fn. 2 – Status quo und Status futuris), S. 367 (372): „Die Bestimmung der ‚Verhaltensanweisung‘ ist die zweite der typischen Schwierigkeiten von Compliance”.

13. Rotsch (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 6; Niemz, Komplexitätsbewältigung in Großverfahren des Wirtschaftsstrafrechts, 2020, S. 67.

14. Rotsch, ZJS 2008, 132.

15. Para a ancoragem do princípio da legalidade no direito internacional, consulte adiante: Kargl, Strafrecht, Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit, 2019, Rn. 1.

stricta (rigorosa), *praevia* (prévia) e *scripta* (escrita).¹⁶ Esses quatro elementos regulatórios estão intimamente interligados e se sobrepõem em vários pontos, de modo que somente em sua totalidade eles garantem um direito penal baseado no Estado de Direito.¹⁷ No entanto, os componentes individuais podem ser analisados isoladamente uns dos outros; a seguir, o conteúdo da frase “*nullum crimen sine lege certa*” será examinado em mais detalhes.

1. *Elementos da exigência de certeza*

A exigência de certeza suficiente, que consta do artigo 103 (2) da Lei Fundamental, tem uma dupla finalidade:¹⁸

Por um lado, a decisão sobre o “se” e o “como” da punição deve ser, essencialmente, confiada ao legislador responsável pela legislação penal.¹⁹ A base constitucional desse propósito é comumente vista no princípio da democracia e no princípio da separação de poderes.²⁰ As decisões normativas “essenciais” – que incluem a criminalização de uma conduta – devem ser regulamentadas numa lei formal.²¹ A norma penal deve ser formulada de modo tão específico que continue a ser o poder legislativo, constituído pelo povo soberano por meio de eleições, que (pré-)decida sobre as condições de responsabilidade penal e punição.²² Esse aspecto de certeza é referido como a exigência de uma certa “densidade de regulamentações”.²³

Por outro lado, essa garantia objetiva-legal de preservação da competência²⁴ deve ser diferenciada do “requisito de clareza das normas”, que garante a liberdade.²⁵ O requisito

N. do T.: A OWiG ou Gesetz über Ordnungswidrigkeiten é uma lei alemã que regula as infrações administrativas ou contravenções. A ECHR (*European Convention on Human Rights*) é a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

16. *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015, § 3, Rn. 7; *Radtke*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.12.2019, GG Art. 103 Rn. 18; *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 1, Rn. 13.
17. *Kirsch*, Zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, 2014, S. 27; *Hassemer/Kargl* (Fn. 15), § 1, Rn. 13.
18. Cf. BVerfG NJW 2019, 2837 (2838); BVerfGE 105, 135 (153); *Nolte/Aust* (Fn. 5), Art. 103 Rn. 140; *Schulz*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Maio 2001, 2001, S. 305 (308).
19. BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).
20. *Erne*, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Strafstatbestands der Verfolgung, 2016, S. 28; *Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz, 1983, Rn. 124; *Grünwald*, ZStW 76 (1964), 1.
21. BVerfGE 14, 245 (251); para uma discussão detalhada do princípio da essencialidade, ver recentemente BVerfGE 150, 1 (96 e seguintes).
22. BVerfGE 130, 1 (43); siehe auch *Erne* (Fn. 19), S. 27.
23. Explicitamente: BVerfGE 150, 1 (97 f.); *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 88. Lfg., Stand: August 2019, Art. 103 Rn. 87, 92.
24. *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, S. 240.
25. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 70 ss., 73; *Remmert* (Fn. 22), Art. 103 Rn. 88, 101.

ROTSCH, Thomas; KLEIN, Dennis. Tradução: RAPHAEL BOLDT.

Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 202. ano 32. p. 159-184. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [https://doi.org/10.5281/zenodo.10719069].

básico do Estado de Direito é o de que as normas que servem de base para autorizar as instituições estatais a interferir nos direitos fundamentais devem ser formuladas de forma tão clara que a pessoa potencialmente afetada possa prever em que condições deve esperar uma interferência. É claro que os requisitos de certeza não se aplicam apenas ao direito penal: o princípio geral da certeza derivado do princípio do Estado de Direito (artigo 20 (3) da Lei Fundamental) aplica-se a todas as normas jurídicas que pretendem determinar o comportamento humano.²⁶ No entanto, se a consequência legal for uma pena,²⁷ o artigo 103 (2) da Lei Fundamental é geralmente considerado mais rigoroso em relação aos requisitos de certeza em comparação com o princípio geral de certeza do Estado de Direito.²⁸

A previsibilidade da ação estatal possui uma função jurídico-individual de garantia da liberdade, na medida em que tem repercussões sobre o comportamento atual da pessoa sujeita à lei: aqueles que, devido a uma situação jurídica pouco clara, não conseguem ver qual comportamento resultará em punição verão sua liberdade de ação indevidamente restrita por medo de sanções estatais.²⁹

As áreas de certeza no sentido de densidade regulatória, por um lado, e a clareza normativa, por outro, certamente podem ser separadas uma da outra: para o destinatário da norma, pode não ser problemático, do ponto de vista da clareza da norma, se as condições “essenciais” da responsabilidade criminal resultarem, por exemplo, de um decreto legal ao qual uma lei penal geral se refere, desde que isso seja formulado de maneira compreensível e possa ser facilmente encontrado.³⁰ Entretanto, é óbvio que isso não é compatível com a definição no sentido de densidade regulatória³¹ – como uma especificação do princípio da materialidade.³² Por esse motivo, o BVerfG sempre apresenta a densidade regulatória e a clareza das normas em suas decisões como princípios independentes e equivalentes.³³

Outras considerações se concentrarão no aspecto da clareza das normas.

2. Destinatário do requisito de clareza das normas

Como somente o legislador está envolvido na formulação de leis penais, a exigência de clareza das normas é dirigida principalmente a ele. No entanto, o artigo 103 (2) da Lei

26. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.). Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, GG art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 128.

27. Para essa compreensão formal do direito penal, consulte: ROXIN/GRECO, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1.

28. BVerfGE 49, 168 (181); BVerfG NJW 2016, 3648 (3649); Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.). Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, GG Art. 103 Abs. 2 Rn. 39; Remmert (Fn. 22), 80. Lfg., Stand: Juni 2017, Art. 103 Rn. 77.

29. Kargl (Fn. 14), Rn. 43, 335, 345 m.w.N.; Erne (Fn. 19), S. 41; Krey (Fn. 19), Rn. 133.

30. Remmert (Fn. 22), Art. 103 Rn. 90: “Para a determinação da clareza normativa, não é relevante quem é o autor da norma ou qual é o seu status”.

31. Erne (Fn. 19), S. 28.

32. Cf. também, para uma análise mais aprofundada das sobreposições entre os requisitos de densidade regulatória e clareza normativa: Remmert (Fn. 22), Art. 103 Rn. 101.

33. BVerfG NJW 2016, 1781 (1783).

Fundamental também tem como destinatário o Poder Judiciário:³⁴ embora a exigência de densidade regulatória continue na aplicação da lei como uma proibição de analogia,³⁵ a exigência de clareza normativa deveria, de acordo com o BVerfG, concretizar-se simultaneamente em uma “proibição de diluição”,³⁶ bem como em uma “exigência de especificação”.³⁷ Portanto, a jurisprudência não deve sobrecarregar uma disposição penal já pouco clara com mais incertezas por meio da interpretação, mas deve se esforçar para especificar os requisitos do tipo penal.

Com relação ao requisito de clareza das normas, um ponto de fuga comum para a legislação e a jurisprudência pode ser identificado na metodologia jurídica: enquanto o legislador deve se esforçar para criar um tipo penal que possa ser delineado com precisão suficiente usando uma interpretação metodologicamente apropriada, o aplicador da norma é obrigado a realizar a mesma façanha interpretativa. A metodologia é, portanto, na melhor das hipóteses, uma ferramenta dos Poderes Legislativo e Judiciário.³⁸ A definição, a interpretação e a revisão das normas (pelo BVerfG) estão, portanto, intimamente inter-relacionadas. Uma regra de interpretação que leva a uma definição mais precisa do conteúdo do tipo penal é, portanto, sempre um fator legítimo para responder à questão de saber se o tipo penal está suficientemente definido.³⁹ Além da concretização constitucionalmente exigida da lei penal com a ajuda de métodos jurídicos, a compreensibilidade dessa interpretação para o destinatário da norma também é, obviamente, importante (Cf. III, a seguir).

3. Destinatário das leis penais

Do ponto de vista teórico-jurídico, o destinatário da lei penal é exclusivamente o aplicador do direito, pois apenas a ele se dirige a base legal para a imposição da pena.⁴⁰ A pessoa sujeita à lei é, no máximo, o destinatário das normas de comportamento nas quais a

34. Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 5 e ss.

35. Hassemer/Kargl (Fn. 15), § 1 Rn. 70, descrevem a proibição da analogia como uma “extensão da exigência de determinação para a prática da aplicação da lei”. BVerfGE 143, 38 (53). Essa proibição é garantida pelo § 339 do Código Penal, Schmitz (nota de rodapé 33), § 1 parágrafo 7.

36. Saliger, em ZIS 2011, 902 (904), remonta ao (um tanto desajeitado) termo “proibição de aumento da incerteza jurídica”; consulte também Satzger, em: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Ed.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. ed., 2018, § 1 parágrafo 21.

37. BVerfGE 126, 170 (198); BVerfG NJW 1995, 1141 (1143); Kargl (Fn. 14), Rn. 381 e ss.; Kirsch (Fn. 16), S. 154.

38. Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 715, 717; Greco, em ZIS 2018, 475, faz uso dessa paralelidade ao entender o “princípio da determinação como uma proibição de reduções teleológicas aceitas pelo legislador”.

39. Nolte/Aust (nota de rodapé 5), art. 103, parágrafo 146, por outro lado, argumentam que é possível tratar um método exclusivamente como uma regra de interpretação de elementos criminais, sem que isso afete simultaneamente os limites de determinação necessários de acordo com o artigo 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental.

40. Freund, Erfolgsdelikte und Unterlassen, 1992, S. 113.

lei penal se baseia.⁴¹ No contexto do artigo 103 (2) da Lei Fundamental, essa diferenciação baseada na teoria jurídica só foi abordada muito ocasionalmente até o momento.⁴² A opinião predominante não extrai nenhuma consequência disso,⁴³ o que, em última análise, é expresso pelo fato de que, no âmbito dos tipos penais em branco, a norma para o preenchimento do espaço em branco também deve ser suficientemente definida de acordo com o artigo 103, parágrafo 2º, da Lei Fundamental,⁴⁴ embora essa seja geralmente uma norma comportamental e não uma lei penal no sentido de uma norma sancionatória.⁴⁵ A exigência constitucional de clareza das normas aplica-se, portanto, a todos os pré-requisitos de responsabilidade penal, independentemente do nível de normas em que se encontrem.⁴⁶

Em uma decisão recente, o BVerfG segue a diferenciação entre direito penal e normas comportamentais, pelo menos em termos terminológicos, quando fala do cidadão como destinatário de uma norma proibitiva punível com pena.⁴⁷ Esse é também o entendimento do termo “destinatário da norma” aqui utilizado.

III. CLAREZA NORMATIVA PARA “O” DESTINATÁRIO DA NORMA

1. *Compreensibilidade e linguagem jurídica*

Embora não haja como evitar o fato de que a lei penal deve ser interpretada usando métodos jurídicos, o BVerfG enfatiza que o processo de interpretação e seu resultado devem ser compreensíveis para “o cidadão”.⁴⁸ Em outras palavras, o legislador pode confiar na interpretação judicial e no esclarecimento da lei penal, mas não deve negligenciar a compreensibilidade para o destinatário da norma.⁴⁹ O foco na metodologia não deve levar a uma “linguagem jurídica secreta” na área do direito penal.⁵⁰ É claro que há um consenso de

41. Arm. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 121; Rudolph, *Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht*, 2006, S. 30.

42. Rostalski, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, S. 86; do mesmo, *RphZ* 2018, 157; Birkenstock, *Die Bestimmtheit von Straftatbeständen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen*, 2004, S. 68; Kirsch (Fn. 16), S. 144.

43. Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, S. 174

44. BVerfGE 143, 38 (57); Dannecker/Schuhr, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 1 Rn. 257; Jäger, in: Wolter (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; Rotsch (Fn. 7), § 2 Rn. 17.

45. Kuhli, *Normative Tatbestandsmerkmale in der strafgerichtlichen Rechtsanwendung*, 2018, S. 176.

46. Totalmente diferente: (Fn. 41), S. 95 ff.; do mesmo, *RphZ* 2018, 157.

47. BVerfG, *Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17*, Rn. 97.

48. BVerfGE 73, 206 (237); 32, 346 (362); 53, 96 (99); 71, 108 (115).

49. Krey (Fn. 19), Rn. 133; Erne (Fn. 19), S. 34

50. Lemmel (Fn. 42), S. 178; Erne (Fn. 19), S. 34.

que o “postulado da previsibilidade absoluta da lei é⁵¹ ilusório”.⁵² Isso se deve à ambiguidade fundamental da linguagem e à dependência do contexto de cada conceito jurídico.⁵³ Embora certamente faça sentido declarar o destinatário da norma como ponto de partida para a determinação da certeza, seria errado sobrecarregar o artigo 103 (2) da Lei Fundamental com promessas vazias. Caso contrário, a exigência de certeza do direito penal degenerará cada vez mais numa mera declaração programática sem qualquer conteúdo juridicamente eficaz.⁵⁴ Uma dessas promessas vazias do BVerfG é: “*Todo participante de negócios jurídicos deve ser capaz de prever qual comportamento é proibido e punível por lei*”.⁵⁵ Como o legislador ficaria completamente sobrecarregado com tal diretriz,⁵⁶ esse princípio deve necessariamente ser permeado por inúmeras restrições e exceções.

2. A exigência indeterminada de certeza

Devido à redação esparsa do artigo 103º, n.º 2, da Lei Fundamental, o conteúdo regulatório do requisito de certeza é difícil de ser compreendido. Num sentido figurado, a norma constitucional está sentada na sua própria casa de vidro e atira pedras, pois ela mesma é altamente indeterminada.⁵⁷ Dessa forma, é possível, na melhor das hipóteses, concretizar o padrão de certeza especificando “princípios orientadores” gerais.⁵⁸ A respeito, o BVerfG observa, com razão, que o grau necessário de clareza das normas varia de acordo com a lei penal e, portanto, depende das “particularidades do respectivo tipo penal”.⁵⁹ Essa flexibilidade é também a razão pela qual a exigência de certeza não se mostrou um motivo particularmente relevante de nulidade na jurisprudência constitucional além dos casos de normas penais em branco.⁶⁰

A frase “*ultra posse nemo obligatur*” aplica-se fundamentalmente (também) ao legislador: ele deve formular normas “conforme a natureza das situações de vida a serem reguladas

51. Kühlen, in: Murmann (Hrsg.). Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts, 2011, S. 19 (22); Satzger (Fn. 23), S. 241.

52. Krey (Fn. 19), Rn. 133.

53. Ver aqui detalhadamente: Kuntz, AcP 215 (2015), 387.

54. Ver (muito) criticamente: Rotsch, ZJS 2008, 132.

55. BVerfGE 143, 38 (53); igualmente 73, 206 (234 f., *Hervorhebung durch die Verf.*); BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 73.

56. Kirsch (Fn. 16), S. 22.

57. Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 187 f.; Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 29; Rotsch, ZJS 2008, 132 (134); Kühlen (Fn. 51), S. 22.

58. Nolte/Aust (Fn. 5), Art. 103 Rn. 144 ff. Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.). Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 103 Rn. 30, aparentemente também está colocando isso em dúvida.

59. BVerfGE 143, 38 (55); de acordo: Kunig (Fn. 57), Art. 103 Rn. 30; ver também BGH NJW 2014, 3459 (3460): “avaliação global considerando possíveis alternativas de regulamentação”.

60. Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 64; Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 56.

e com base no propósito da norma, na medida do possível”.⁶¹ Não é possível responder de forma significativa se isso é uma relativização (“*apenas* tão específico quanto possível”) ou um aprimoramento (“tão específico quanto possível”) do requisito de especificidade, porque não é possível determinar o que “possível” significa nesse contexto: “toda possibilidade é suficiente, é uma forma especial de teste de necessidade ou, em última análise, apenas uma questão de conveniência?”.⁶² A gama é extremamente ampla.

Em vez disso, a questão de em quais situações e para qual grupo de destinatários a norma de conduta penal é dirigida é muito mais útil, precisa e, portanto, também mais relevante em termos práticos. Uma abstração avaliativa é inevitável: uma vez que a constitucionalidade de uma disposição penal geral abstrata deve ser julgada, o grupo de destinatários e a situação de ação também devem ser submetidos a certa *tipificação abstrata*.⁶³

3. O destinatário típico da norma

A especificação do padrão de certeza com base no grupo de destinatários da norma é amplamente reconhecida na literatura.⁶⁴ Se a norma comportamental penalizada for direcionada a um grupo específico de destinatários desde o início, o “direito penal de especialistas” previsto é identificado como razão para relativizar a clareza da norma.⁶⁵ Deve-se observar que isso não se refere ao grupo de pessoas em si, mas, sim, à especialização que lhes é atribuída com base em sua posição social, econômica e profissional. Se a norma penal estiver relacionada a uma área muito específica da vida, o nível de conhecimento que aí se encontra regularmente deve ser tido em conta na sua interpretação, o que conduz a uma relativização dos requisitos de clareza da norma em termos concretos.⁶⁶ O fato de que o infrator concreto pode não ter sido capaz de entender suas obrigações legais na situação específica do crime não pode ser levado em consideração no contexto de uma avaliação constitucional da lei penal geral abstrata. A esse respeito, deve-se recorrer às regras de

61. BVerfGE 49, 168 (181); 93, 213 (238); ver também: BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74.

62. Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29 (41).

63. Erne (Fn. 19), S. 33; Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29 (42).

64. Hecker, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 21; Nolte/Aust (Fn. 5), Art. 103 Rn. 146; Radtke (Fn. 15), GG Art. 103 Rn. 25; Schulze-Fielitz (Fn. 27), Art. 103 Abs. 2 Rn. 40; Wolff, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Nomos Kommentar, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 2018, Art. 103 Rn. 15; crítico: Towfigh, Der Staat 48 (2009), 29 (49); Krah, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, S. 155 f., 343.

65. Com reservas: Satzger (Fn. 23), S. 242 ff.; do mesmo, JuS 2004, 943 (944); do mesmo, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, § 9 Rn. 67; do mesmo/Langheld, HRRS 2011, 460 (464); de acordo, Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 11 Rn. 65; Jäger (Fn. 43), § 1 Rn. 9. Para a área do direito penal do trabalho, por exemplo: F. Meyer/M. Meyer, in: Momsen/Grützner (Fn. 7), § 35 Rn. 10. Primeiras abordagens desse pensamento podem ser encontradas em: Tiedemann (Fn. 56), S. 205. Rejeitando o direito penal internacional: Schmid, ZIS 2020, 349 (359 e ss.).

66. Sobre o paralelo entre interpretação e determinação da lei: ver anteriormente, seção II, ponto 2.

direito penal sobre erro, que, no entanto – como será demonstrado – estão intimamente ligadas à certeza da lei na jurisprudência do BVerfG e do BGH (ver IV, a seguir).

Isso só tem a ver com a categoria de crimes especiais do direito penal – que aparece com particular frequência no direito penal econômico⁶⁷ – no sentido mais amplo. O crime próprio, que só pode ser cometido por pessoas que possuam as características especiais descritas no delito,⁶⁸ pode certamente ser um caso de destinatários especiais (desde o início limitado). Mas está longe de ser o único. Por exemplo, o crime previsto no artigo 95.º, parágrafo 1, n.º 1 da AMG,⁶⁹ em conjunto com o artigo 5.º, parágrafo 1, da AMG é geralmente cometido apenas por pessoas que estão profissionalmente envolvidas na comercialização de medicamentos. É claro que a redação das normas não indica que seja um crime próprio. No entanto, o fato de ser uma ofensa para todos não muda o fato de que, do ponto de vista constitucional, o grupo de destinatários pode ser considerado particularmente distinto.⁷⁰

4. A origem do destinatário típico da norma na jurisprudência do BVerfG

No entanto, o princípio orientador do “destinatário da norma tipificada” teve seu ponto de partida na jurisprudência do BVerfG, por meio do qual uma história dogmática típica pode ser observada a esse respeito: com o tempo, o “especial” é elevado ao “geral”, a exceção se torna a regra, reconhecendo o princípio subjacente como tal e colocando-o em uma base dogmática mais firme. Isso, por sua vez, leva a um escopo ampliado de aplicação do princípio supostamente especial.⁷¹

O princípio orientador foi mencionado pela primeira vez em uma decisão sobre direito disciplinar, ao qual o artigo 103 (2) da Lei Fundamental também se aplica, na medida em que ocorre uma “reação soberana de desaprovação a um comportamento culpável”.⁷² O uso de cláusulas gerais em uma disposição de sanção disciplinar foi justificado pelo BVerfG com base no fato de que uma lista completa dos deveres associados a uma profissão não era possível, por um lado, mas também não era necessária, por outro, porque – “diferentemente do direito penal geral” (BVerfG) – as disposições penais são direcionadas apenas a um grupo de profissionais cujos deveres são “geralmente facilmente reconhecíveis” para eles.⁷³

67. Rotsch (Fn. 7), § 2, Rn. 10.

68. Rotsch, in: Dünkel/Fahl/Hardtke/Harrendorf/Regge/Sowada (Hrsg.), Strafrecht – Wirtschaftsstrafrecht – Steuerrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, 2018, S. 149.

69. De acordo com isso, será punido com prisão de até três anos ou multa quem colocar no mercado ou aplicar em outros um medicamento que, nos termos do § 5 Abs. 2 da Lei de Medicamentos, é classificado como “preocupante”.

70. BVerfG, Beschl. v. 26.4.2000 – 2 BvR 1881/99 u.a. = NJW 2000, 3417.

71. Assim como muitas vezes acontece, as soluções dogmáticas desenvolvidas para casos de direito penal econômico, considerados supostas situações especiais, também afetam a dogmática do direito penal nuclear e, assim, se estabelecem como princípios gerais, Cf. Rotsch (Fn. 7), § 2 Rn. 33.

72. BVerfGE 26, 186 (204); zum Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG siehe bspw. Degenhart (Fn. 59), Art. 103 Rn. 57.

73. BVerfGE 26, 186 (204).

Em decisões posteriores, o BVerfG abandonou cada vez mais a restrição que ainda transpore aqui. Na decisão frequentemente citada BVerfGE 48, 48, a questão do grupo de destinatários ao qual a disposição é dirigida é trazida em conexão com uma disposição criminal “genuína” (seção 240 (1) no. 4 KO versão antiga):

“Se se destina exclusivamente a pessoas que, com base em sua formação ou experiência prática, se espera normalmente que tenham certos conhecimentos especializados, e se regula fatos aos quais esses conhecimentos tendem a se relacionar, o uso de termos jurídicos indefinidos não levanta nenhuma objeção do ponto de vista do Artigo 103.2 da Lei Fundamental, se puder ser presumido que o destinatário é capaz, com base em seu conhecimento especializado, de compreender o conteúdo normativo de tais termos e deduzir instruções específicas de comportamento a partir deles.”⁷⁴

Mesmo essas linhas ainda soam um tanto reservadas, porque o BVerfG exige que as disposições penais em questão sejam “exclusivamente” dirigidas a um grupo específico de pessoas e que a certeza suficiente só possa ser presumida se puder “geralmente ser presumido” que esse grupo de pessoas tenha certo nível de especialização. Mais tarde, essa última restrição também foi levantada, na medida em que o destinatário relevante da norma foi obrigado a fazer investigações jurídicas – pelo menos sobre o assunto.⁷⁵ A consideração do grupo de destinatários também se tornou relevante em decisões sobre direito penal ambiental⁷⁶ e direito penal farmacêutico.⁷⁷ O princípio orientador do destinatário típico da norma, que inicialmente foi desenvolvido apenas para o direito disciplinar, evoluiu gradualmente para um princípio geral de interpretação do artigo 103 (2) da Lei Fundamental.

O Segundo Senado do BVerfG ainda lançou algumas dúvidas em 2016 em sua decisão sobre a Lei de Rotulagem de Carne Bovina, quando surpreendentemente deixou em aberto a elegibilidade do grupo de destinatários.⁷⁸ No entanto, tendo em vista os desenvolvimentos posteriores, é provável que essa incerteza tenha sido esclarecida novamente, pois o mesmo Senado decidiu em 2018 que “o círculo de usuários e partes afetadas pela disposição” pode ser levado em consideração na certeza exigida constitucionalmente, mesmo que as declarações tenham sido feitas em conexão com o princípio *geral da certeza*⁷⁹ (art. 20, parágrafo 3, da Lei Fundamental).⁸⁰

74. BVerfGE 48, 48 (57) = NJW 1978, 1423; BVerfGE 128, 282 (318). BVerfG, Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 414/08 = BeckRS 2010, 49249 Rn. 55.

75. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97; BGH NStZ 2020, 160 (161); Dannecker/Schuh (Fn. 43), § 1 Rn. 211 m.w.N., bem como a seguir, IV. 3.

76. BVerfG, Beschl. v. 6.5.1987 – 2 BvL 11/85 = BVerfGE 75, 329 (345) = NStZ 1987, 450.

77. BVerfG, Beschl. v. 26.4.2000 – 2 BvR 1881/99 u.a. = NJW 2000, 3417.

78. BVerfGE 143, 38 (59) = NJW 2016, 3648 (3651 Rn. 52). Isso foi observado por Remmert (Fn. 22), 80. Lfg., Stand: Juni 2017, art. 103 Rn. 93.

79. BVerfGE 150, 1 (98).

80. Distinguir do artigo 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental (Constituição Federal), veja anteriormente, Seção II, ponto 1.

O fato de o Segundo Senado provavelmente nunca ter questionado os princípios aplicáveis anteriormente é demonstrado por uma decisão recente sobre a questão da especificidade das Seções 58 (3) n. 2, 62 (1) n. 1 LFGB de 2020.⁸¹ Aqui, ele menciona novamente, de forma bastante natural, no contexto do art. 103 (2) da Lei Fundamental, que “qualquer grupo de destinatários [...] também é importante”.⁸² No decorrer da decisão, o princípio orientador do grupo de destinatários é usado em seu significado completo: em primeiro lugar, o tribunal afirma que o “modelo normativo de um destinatário conhecedor e especialista da norma” é crucial para especificar os requisitos para a clareza normativa.⁸³ O legislador pode “esperar” conhecimentos e competências especiais ao definir normas; qualquer pessoa que comece a trabalhar numa área específica da vida “é obrigada a descobrir – possivelmente através de aconselhamento especializado – quais as regras legais aplicáveis”.⁸⁴ Além do conhecimento da lei, o legislador também pode presumir o conhecimento dos riscos reais para os interesses legais associados à atividade regulamentada.⁸⁵ Isso é significativo, pois essa posição tradicionalmente só tem sido adotada explicitamente no contexto do princípio geral da certeza.⁸⁶

Por fim, duas outras atenuações do princípio da certeza devem ser apontadas: o BVerfG evidentemente não faz distinção entre ambiguidades resultantes do uso de termos técnicos não jurídicos e aquelas resultantes da estrutura e sistemática da lei.⁸⁷ Além disso, a consideração do grupo de destinatários não pode depender corretamente do fato de a regra de conduta sujeita a sanções penais ser “exclusivamente” dirigida a um determinado grupo de pessoas.⁸⁸ Desde que a respectiva norma penal não seja um crime próprio, o que – como já foi mencionado – não pode ser o caso, essa limitação não pode, em última instância, ser mantida, pois nunca se pode excluir que um tipo diferente de “destinatário da norma tipificada” caia no âmbito de aplicação da norma de conduta sujeita a sanções penais.⁸⁹ Nesse caso, somente as normas penais sobre erro devem e podem fornecer o remédio exigido pelo princípio da culpabilidade (veja IV. 3. e ss., a seguir).

81. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17 = HRRS 2020, Nr. 549; Cf. *Rotsch*, ZJS 2008, 132 (133 f.).

82. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 77.

83. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97; Satzger designa esse destinatário da norma, que deve ser funcionalmente determinado, como um cidadão “informado”, sendo que o critério de informação pode variar dependendo do campo jurídico e de especialização. (*Satzger* [Fn. 64 – Int. u. Europ. StR], § 9 Rn. 67).

84. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97.

85. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 98.

86. BVerfGE 131, 88 (123): “o princípio da determinabilidade, no entanto, não exige que o conteúdo das disposições legais deva ser reconhecível para o cidadão sem a utilização de conhecimento jurídico especializado”.

87. Por exemplo, insiste-se em uma diferenciação: *Satzger* (Fn. 23), S. 243.

88. Porém, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG), ver a nota de rodapé 73 para mais informações, assim como também *Satzger* (nota de rodapé 23), p. 243, com mais referências.

89. Crítico ao critério do círculo de destinatários da norma para a área do direito penal econômico internacional, *F. Meyer/Hüttemann*, in: *Momsen/Grützner* (Fn. 7), § 37 Rn. 11.

IV. CRIMINAL COMPLIANCE COMO TRABALHO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O ponto de partida para as considerações a seguir é a essência do *Compliance* relacionado ao crime em particular – que (em contraste com o *Compliance* em geral) trata de evitar sanções penais.⁹⁰ O problema específico do *Compliance* se apresenta em dois aspectos, em dois níveis, ou seja, como uma tentativa preventiva e repressiva de evitar sanções penais,⁹¹ no nível do tipo penal objetivo e subjetivo.

1. A determinação do requisito comportamental objetivo como um trabalho de interpretação constitucional

No contexto do *Criminal Compliance* mais focado tanto na prevenção quanto na repressão, são inicialmente as condições objetivas para a responsabilidade criminal que causam dificuldades especiais na determinação dos requisitos comportamentais aplicáveis. Portanto, um dos focos do “trabalho de interpretação constitucional” do destinatário da norma está nos elementos objetivos do delito. Os problemas no direito penal econômico são incontáveis e ainda nem começaram a ser pesquisados sob a perspectiva específica do *Criminal Compliance*. Nesse ponto, algumas referências, limitadas ao delito de infidelidade patrimonial de acordo com a Seção 266 do Código Penal (StGB), podem ser suficientes. Por exemplo, qualquer pessoa que se depare com a questão de saber se pode realizar uma transação legal arriscada com efeito legal relevante para a propriedade de um terceiro terá que considerar, tendo como pano de fundo a Seção 266 (1) do StGB, se é obrigada a cuidar dos bens no sentido do crime de infidelidade patrimonial,⁹² se a execução da transação legal pretendida viola quaisquer deveres que lhe competem⁹³ e se sua conduta constitui uma desvantagem financeira.⁹⁴ Além dessas questões quase clássicas de interpretação, a questão da gravidade⁹⁵ da violação do dever, que é particularmente problemática sob a égide do direito constitucional, foi recentemente adicionada.⁹⁶

90. Para a delimitação (teórica) entre “compliance” e “compliance criminal” e o objeto regulatório específico deste último, ver *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. CC), § 1 Rn. 11; *do mesmo*. (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26 Rn. 4.

91. Cf. *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. d. StrR), § 26, Rn. 16.

92. Apenas para as diversas incertezas na determinação do conteúdo da infidelidade patrimonial, cf. *Wittig*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2020, § 20, Rn. 106.

93. Também aqui os problemas são variados (palavras-chave: acessoriedade negativa e assimétrica da violação do dever; imperativo de interpretação restritiva; caráter de proteção patrimonial do dever).

94. Cf. *Wittig* (Fn. 91), § 20 Rn. 153.

95. A questão ainda não está resolvida; recentemente, M. Wagner discutiu extensivamente e criticamente sobre isso: *Wagner*, *ZStW* 131 (2019), 319.

96. Veja também, mais abaixo, V.

2. Determinação dos requisitos para a imputação subjetiva como uma tarefa de interpretação constitucional

No que diz respeito aos pressupostos da responsabilidade penal subjetiva, certamente não é menos complicado: não fica a critério do destinatário da norma se ele age apenas por negligência ou sem consciência da ilicitude – ele não pode conscientemente agir contra sua consciência de ilicitude ou conscientemente optar por uma conduta negligente. Portanto, no que diz respeito aos pressupostos da responsabilidade penal subjetiva, que estão relacionados às regras de “imputação subjetiva” de uma violação da ordem comportamental objetiva – incluindo os §§ 15, 16, 17 do Código Penal – eles não podem ser parte das normas comportamentais.⁹⁷ O destinatário da norma não pode se orientar *ex ante* na situação da decisão a favor ou contra um comportamento específico, pois eles não contribuem para o apelo comportamental de forma substancial.⁹⁸

No entanto, as fronteiras do campo de atuação do *Criminal Compliance* ainda não foram delineadas devido ao que foi dito anteriormente. Embora seja possível evitar a responsabilidade penal, no melhor dos casos, por meio de um comportamento objetivamente conforme a norma, a questão da imputação subjetiva – ou sua interrupção – nem sequer surge. No entanto, se o destinatário da norma se depara com normas de comportamento puníveis de forma “indefinida”, o cumprimento dessa tarefa se mostra difícil.

Não raramente, o destinatário da norma se encontra na situação em que a interpretação *ex ante* de uma lei penal “indefinida” é considerada errônea aos olhos do intérprete jurídico. Nessas circunstâncias, é crucial para ele ser capaz de apresentar razões convincentes para excluir a responsabilidade penal pelo suposto descumprimento das regras jurídicas objetivas.

Aqueles que acreditam que apenas questões de (in)evitabilidade do erro de proibição conforme § 17 do Código Penal estão sendo abordadas aqui estão equivocados. Especialmente no campo do “Direito Penal Econômico”, permeado por características normativas nos elementos do tipo e leis penais em branco, surge frequentemente a dificuldade de distinguir o erro de proibição do erro de tipo nos termos do § 16, parágrafo 1, frase 1, do Código Penal (ver exemplificação a seguir, item 4). A seguir, portanto, de forma esboçada, será abordada a relação entre a “indefinição” de uma lei penal e a dogmática do erro, levando em consideração o desenvolvimento jurisprudencial atual (3., 4.). A partir disso, podem ser tiradas conclusões para a imputação subjetiva como objeto do *Criminal Compliance* (5). Finalmente, são consideradas as relativizações do princípio da clareza das normas como resultado da técnica de regulamentação em branco (6.).

97. Cf. Kindhäuser, in: Arnold/Burkhardt/Gropp/Heine/Koch/Lagodny/Perron/Walther (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafen*, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 345 (348 ss.).

98. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 39 e ss.; Ast, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 2010, S. 14 e ss.

3. *As regras sobre o erro no direito penal como argumento contra a “obscuridade” de uma lei penal*

Como já mencionado, o BVerfG parte do pressuposto abstrato de que os destinatários das normas estão cientes dos direitos que lhes dizem respeito. Caso contrário, a eficácia real das normas jurídicas não poderia ser alcançada, e, em última instância, tal “presunção” também pode ser fundamentada no artigo 82, parágrafo 2, da Lei Fundamental: com a promulgação de um regulamento legal ou de uma lei no Diário Oficial, a Constituição presume que as normas jurídicas são automaticamente conhecidas pelos sujeitos de direito.⁹⁹ Tal ficção pode ser possível na justificação constitucional de uma lei penal. No entanto, para uma condenação criminal, os elementos relevantes para a submissão, assim como os requisitos legais de comportamento para o indivíduo afetado no momento do ato (§8 do Código Penal), devem ser pelo menos individualmente reconhecíveis. O “injusto objetivo” – na medida em que exista – não é suficiente para fundamentar a punibilidade.¹⁰⁰

Essa é uma mitigação inerente à ficção do conhecimento da norma no direito penal, que o BVerfG também utiliza na avaliação constitucional da certeza, quando escreve: “em casos limítrofes, a regulamentação jurídica do erro proporcionará soluções apropriadas”.¹⁰¹ Especialmente em relação aos elementos normativos dos tipos penais, o BVerfG atribui uma importância especial à regra de erro do § 16 do Código Penal: se o autor não compreendeu a valoração vigente no caso específico, ele age sem dolo,¹⁰² o que está alinhado com a jurisprudência do BGH (ver imediatamente a seguir, 4). Dessa forma, estatutos penais “obscuros” são, de qualquer forma, privados de seu ponto na aplicação ao caso individual específico, o que também se reflete na avaliação de certeza do BVerfG. Essa tendência pragmática ao lidar com leis penais pouco claras também se reflete na jurisprudência do BGH.

4. *Desenvolvimento atual da jurisprudência do BGH sobre o problema do erro*

Uma decisão mais recente da 1ª Seção Penal do BGH¹⁰³ já está sendo considerada na literatura como o ponto inicial de uma mudança significativa na direção da doutrina do erro.¹⁰⁴ Nesse caso, estava em questão a punibilidade pelo crime de sonegação e apropriação indébita de salário, conforme o § 266a do Código Penal (StGB). Enquanto a 1ª Seção Penal anteriormente entendia que o dolo deveria se referir apenas às circunstâncias factuais que fundamentam a posição de empregador pressuposta pelo delito, agora, conforme anunciado em um *obiter dictum* de 2018,¹⁰⁵ exige-se também que o autor, além das “circunstâncias

99. Latzel, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, S. 172.

100. Cf. apenas Roxin/Greco (Fn. 26), § 10 Rn. 88 e ss.

101. BVerfGE 76, 329 (343).

102. BVerfGE 78, 205 (213 ss.).

103. BGH NJW 2019, 3532.

104. Brand, NJW 2019, 3535 (3636); Eisele, JuS 2020, 365 (366).

105. BGH NSTZ 2019, 146 com comentário de Galen/Dawidowicz.

factuais relevantes”,¹⁰⁶ compreenda as valorações extrajurídicas do direito do trabalho e da seguridade social – pelo menos como uma valoração paralela na esfera leiga.¹⁰⁷ Com isso, o BGH pretende unificar a avaliação do dolo nos termos do § 266a do Código Penal alemão (StGB) e do § 370 da *Abgabenordnung* (AO), especialmente porque ambas as disposições penais frequentemente abrangem os mesmos fatos.¹⁰⁸ O que antes era um erro de proibição “normalmente evitável”, segundo o § 17 do Código Penal, agora é um erro que exclui o dolo de acordo com o § 16, parágrafo 1, sentença 1, do Código Penal. Dois aspectos dessa decisão são de particular importância no contexto aqui discutido.

a) *Normas obscuras e dogmática do erro*

Esclarecedoras são, em primeiro lugar, as observações do BGH sobre o conceito de empregador:

“A avaliação [se a condição de empregador está presente], que deve ser realizada com base em uma variedade de critérios [...], pode envolver uma valoração complexa, sendo que os resultados, uma vez que os critérios podem ter pesos diferentes em casos individuais, nem sempre podem ser previstos com segurança [...]”¹⁰⁹

Portanto, é precisamente a “baixa” clareza normativa e a consequente falta de previsibilidade na avaliação subsequente pelos tribunais que têm implicações diretas na doutrina do dolo e do erro:¹¹⁰ quanto mais obscuros são os elementos do tipo penal, maior é o campo de aplicação das regras de erro; isso é válido inicialmente, independentemente de serem elementos “normativos” ou “descritivos”.¹¹¹ Certamente, são especialmente afetados por esse fenômeno os elementos do tipo penal que só são compreensíveis em seu significado por meio de uma variedade de disposições individuais – semelhante a uma “analogia jurídica” –, pois o método de determinação do conteúdo do elemento naturalmente amplia o campo para equívocos por parte do destinatário da norma. Se os critérios individuais que preenchem o elemento – como no caso do conceito de empregador – não estão em uma relação hierárquica específica entre si, mas são reunidos por meio de uma valoração global pouco transparente, realizada pelo tribunal em uma fase posterior, o campo de possíveis equívocos se amplia.

106. O conhecimento das circunstâncias do crime não pode ser substituído por nada, mas apenas complementado por condições adicionais, ver Joecks, in: Joecks/Miebach (Fn. 33), § 16 Rn. 72.

107. BGH NJW 2019, 3532 (3533), Rn. 20. Cf. também Joecks/Kulhanek, in: Erb/Schäfer (Fn. 33), § 16 Rn. 74.

108. Ver, por exemplo, o comentário de Eisele, JuS 2020, 365; Brand, NJW 2019, 3535. N. do T.: *Abgabenordnung* (AO) é o Código Tributário alemão.

109. BGH NJW 2019, 3532 (3533), Rn. 24.

110. Eidam, ZStW 127 (2015), 120 (133).

111. Brand, NJW 2019, 3535 (3636), faz, portanto, uma previsão legítima de que a mudança de direção na jurisprudência também pode ter consequências para a doutrina do erro no contexto das leis penais em branco.

b) *Mudança dos âmbitos de aplicação dos §§ 16, 17 do Código Penal (StGB)*

A ampliação do conceito das circunstâncias do tipo legal, nos termos do § 16 do Código Penal, provavelmente resultará em uma pena mais branda na maioria dos casos imagináveis. Erros de interpretação do tipo de crime apenas levam, no máximo, a uma responsabilidade penal por negligência, e isso ocorre apenas se tal responsabilidade estiver prevista na lei. Por outro lado, o erro evitável quanto à proibição, conforme § 17, parágrafo 2, do Código Penal, como é sabido, resulta apenas em uma mitigação da pena de forma facultativa. Se o dolo está presente em casos individuais, deve ser esclarecido com base nas circunstâncias específicas constatadas no caso. No entanto, o método de determinação do dolo escolhido pelo BGH desanima qualquer euforia: no contexto do § 370 da Lei Tributária (AO), segundo o entendimento do BGH, o dolo é presumido quando o destinatário normativo, envolvido profissionalmente em atividades econômicas, negligencia suas “obrigações de investigação existentes em seu negócio”.¹¹² Se ele não busca um aconselhamento legal “confiável”, alega-se uma “indiferença” em relação ao cumprimento de suas obrigações, o que sugere a presença, pelo menos, do dolo eventual.¹¹³ O BGH agora repete esse critério de determinação do dolo, fazendo referência a essa jurisprudência, também em sua decisão sobre o § 266a do Código Penal (StGB).¹¹⁴ Por meio da via da prova do dolo no processo penal, é acrescentada à regra do erro do § 16 StGB uma cláusula de evitabilidade, conforme previsto literalmente apenas no erro de proibição (§17, StGB). O critério da evitabilidade em relação à determinação do dolo levanta algumas questões fundamentais.¹¹⁵ Porque se um erro (realmente existente) era evitável é, de acordo com a doutrina penal tradicional, uma pergunta que só é feita quando há uma possibilidade de responsabilidade por negligência.¹¹⁶

Parece haver ainda outra área de risco: se o critério de evitabilidade, estabelecido pela 1ª Seção Criminal do BGH no contexto da comprovação do dolo, for aplicado tão rigorosamente quanto ocorreu até agora no caso do erro de proibição segundo o § 17 do Código Penal (StGB), isso pode resultar em uma considerável ampliação do escopo da responsabilidade penal dolosa. Quando o destinatário normativo, envolvido profissionalmente em atividades econômicas, busca aconselhamento jurídico, deve-se observar que apenas “a informação de uma pessoa confiável [...] pode excluir a evitabilidade do erro”.¹¹⁷ “Confiável é uma pessoa competente, conhecedora, imparcial, que, ao fornecer informações, não busca interesse próprio e oferece uma informação objetiva, cuidadosa, diligente e responsável.”¹¹⁸

112. BGH NSTZ 2020, 160 (161).

113. BGH NSTZ 2020, 160 (161 e ss.).

114. BGH NJW 2019, 3532 (3534 Rn. 26).

115. Crítico a respeito, *Salditt*, in: Jahn/Kempf/Lüderssen/Prittwitz/Schmidt/Volk (Hrsg.). *Unbestimmtes Wirtschaftsstrafrecht und gesamtwirtschaftliche Perspektiven*, 2017, S. 202 (203).

116. *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 70.

117. *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 63), § 17, Rn. 18.

118. *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 116), § 17, parágrafo 18 com várias referências jurisprudenciais.

Esses requisitos elevados sobrecarregam o destinatário normativo com mais incertezas.¹¹⁹ Embora essa “rigorosa severidade”¹²⁰ da jurisprudência em relação ao erro de proibição seja criticável,¹²¹ ela deve ser considerada na prática jurídica.

5. NOVAMENTE: INTERRUÇÃO DA “IMPUTAÇÃO SUBJETIVA” COMO TAREFA DO CRIMINAL COMPLIANCE

Quando o destinatário normativo se depara com leis penais ambíguas, do ponto de vista do *compliance* penal, nesse caso, é crucial destacar claramente sua “disposição para obedecer à norma”.¹²² O fato de que os esforços para agir objetivamente corretamente podem se revelar inadequados deve, portanto, ser considerado nas reflexões sobre *compliance* jurídico.¹²³ O objetivo do *Criminal Compliance*, entendido de maneira abrangente e correta, é evitar sanções penais no sentido mais amplo.¹²⁴ No caso de normas penais formuladas de maneira ambígua, o *Criminal Compliance* tem a responsabilidade de excluir de maneira confiável os requisitos materiais do elemento subjetivo do tipo penal e da culpa – ou sua *demonstrabilidade* processual –, interrompendo assim a imputação subjetiva no sentido mais amplo. A qualidade e o desafio específico do *Criminal Compliance* residem não apenas em assegurar, de antemão, a conformidade real com normas comportamentais sujeitas a penalidades, mas também em ser capaz, após a constatação de uma violação objetiva, de excluir a responsabilidade penal mesmo assim.

Em termos práticos, isso significa para o destinatário normativo envolvido profissionalmente em atividades econômicas que a obtenção de aconselhamento jurídico é indispensável já diante das menores dúvidas sobre a legalidade de um comportamento relacionado ao negócio.¹²⁵ Dessa forma, é possível excluir a acusação de comportamento doloso (ou culposos).

119. Uma visão abrangente sobre a questão de quando até mesmo a obtenção de aconselhamento jurídico não é suficiente para a presunção de um erro de proibição inevitável é fornecida por Gaede, HRRS 2013, 449 (456 f.); crítico sobre isso também Eidam, ZStW 127 (2015), 120; ver também Kirch-Heim/Samson, wistra 2008, 81.

120. Roxin, in: Roxin/Bruns/Jäger (Hrsg.). Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974, S. 171 (188).

121. Ver detalhadamente Roxin/Greco (Fn. 26), § 21 parágrafo 62e e seguintes com referências; recentemente também Saliger, em: Böse/Schumann/Toepel (Ed.). Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, 2019, p. 425 (438).

122. Conceito em Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 40.

123. Sobre 1. a).

124. Rotsch (Fn. 8), Kap. 4 Rn. 7.

125. A doutrina majoritária não exige dentro do âmbito do § 17 do Código Penal nem mesmo a (potencial) consciência de cometer uma violação proibida ou um descumprimento de ordem (ver, por exemplo, BGHSt 11, 263 [266]; BGH NJW 2008, 1827 [1830]; BGH NStZ 1996, 236 [237]; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 13; Allgayer, in: Graf/Jäger/Wittig [Hrsg.], Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, StGB § 17 Rn. 4). Portanto, o sujeito de direito não deve buscar aconselhamento legal apenas quando ele acredita que pode estar agindo conforme um

Isso, no entanto, não tem mais nada a ver com uma “avaliação paralela na esfera leiga”. Especialmente no “direito penal dos especialistas”, não se trata mais da perspectiva de um leigo jurídico, pois, nesse contexto, a orientação jurídica é pressuposta pela lei, conforme estabelecido pelo BVerfG na matéria.¹²⁶ Além disso, deve-se considerar que os tribunais criminais encaram com ceticismo uma suposta “proteção” fornecida pela consultoria jurídica, pois a aplicação excessiva das regras de erro, resultando na impunidade, tende a prejudicar a validade geral das normas comportamentais abstratas e gerais sujeitas a penas.¹²⁷ Falando em termos de funcionalidade do sistema, a pergunta é, portanto, quando um erro “não é um exemplo tão ruim que, por razões de prevenção geral, uma sanção seria necessária.”¹²⁸

Nesse contexto, aplica-se também ao destinatário normativo sujeito à obrigação de esclarecimento o princípio “ultra posse nemo obligatur”, de modo que ele é “apenas” obrigado a fazer o que é individualmente possível para evitar a realização do tipo objetivo. Dificilmente será exigido mais do destinatário normativo do que obter um aconselhamento jurídico confiável e digno de confiança. Portanto, a tarefa do *Criminal Compliance* é garantir essa confiabilidade. É aconselhável evitar o máximo possível a acusação de uma “função de fachada”¹²⁹ das medidas de *compliance*. Especialmente pareceres internos da empresa sobre a questão da relevância penal de um comportamento pretendido devem ser assegurados por consultoria jurídica externa em situações de “incerteza” jurídica.¹³⁰ Assim, deve-se evitar desde o início a aparência de ser um “parecer de complacência”.¹³¹ A impressão de uma opinião jurídica independente e “honestamente” fundamentada é, pois, insubstituível.¹³² A questão relevante para o futuro do *Criminal Compliance*, nesse sentido, é como, além dos aspectos substantivos, as condições organizacionais e pessoais da formação de um parecer jurídico devem ser moldadas para excluir uma imputação subjetiva.

6. Ambiguidade das normas como consequência da técnica das leis penais em branco

a) A técnica das leis penais em branco como um obstáculo à compreensão

Uma boa parte das dificuldades de compreensão do destinatário normativo também resulta das frequentes remissões escalonadas das leis em branco.¹³³ Aqui, trata-se de leis em que a punibilidade só se torna evidente ao serem “lidas em conjunto” com a norma ou

tipo penal, pois o § 17 do Código Penal entra em vigor ainda antes, ou seja, na existência ou proibição de acordo com todo o sistema legal.

126. Cf. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 97.

127. Cf. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, Abschn. 19 Rn. 33; também, Eidam, ZStW 127 (2015), 120 (128). Muito crítico a respeito, Roxin/Greco (Fn. 26), § 21 Rn. 62.

128. Roxin (Fn. 119), S. 188.

129. BGH NSTZ 2000, 307 (309).

130. Crítico a respeito, Saliger (nota de rodapé 120), p. 438.

131. BGH StV 2014, 13 (14) com comentário de Dahs.

132. Eidam, ZStW 127 (2015), 120 (140 e ss.).

133. Cf. BVerfGE 110, 33 (64).

normas de preenchimento às quais a lei faz referência.¹³⁴ Para a norma geral criada por esse meio, o princípio da clareza normativa se aplica integralmente, pois a norma de referência participa da natureza jurídica da norma sancionadora como uma “lei” nos termos do artigo 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental.¹³⁵ No entanto, o direito vigente reconhece áreas em que essa técnica de regulamentação leva à “adivinhação”¹³⁶ e até mesmo faz com que se perca em labirintos de remissões.¹³⁷ Para a maioria das partes do direito penal central ou nuclear, tal situação legislativa pode ser considerada inaceitável. No entanto, para o chamado “direito penal dos especialistas”, algo diferente se aplica, como demonstrou o BVerfG em sua decisão recente sobre o LFBG:¹³⁸ o “intrincado ‘emaranhado de remissões’”¹³⁹ é constitucional.

b) *Justificativa constitucional das leis penais em branco, considerando a situação específica de ação*

O fato de uma parte da literatura ter pleiteado a inconstitucionalidade das disposições penais do LFBG¹⁴⁰ antes da decisão do BVerfG pode ter sua razão, entre outros motivos, no fato de que um ponto de vista orientador não recebeu, até então, atenção suficiente e está diretamente relacionado com o grupo de destinatários (tipificados) abordado: a situação específica de ação na qual o destinatário normativo tipificado se encontra. Nessa situação, geralmente não se trata de uma decisão *ad hoc*, mas, sim, de um processo de ponderação mais longo, frequentemente precedido por aconselhamento jurídico¹⁴¹ (ou que, pelo menos, deveria preceder, conforme mencionado anteriormente). Isso resulta em uma relativização adicional da exigência de clareza normativa.

Por exemplo, o BVerfG criticou a técnica de remissão “em cascata”¹⁴² do AWG, porque ela “encerra um alto risco de erro na aplicação do direito”.¹⁴³ “o processo de verificação se torna propenso a erros. Especialmente em casos de urgência, há um risco aumentado de decisões equivocadas por parte da administração e dos tribunais envolvidos”.¹⁴⁴ Embora essa

134. Enderle, Blankettstrafgesetze, 2000, S. 11; Bülte, JuS 2015, 769 (770 e ss.). No contexto presente, a distinção entre “falsa” e “verdadeira” lei penal em branco não é relevante.

135. Cf. Dannecker/Schuh (Fn. 43), § 1, Rn. 257; ver também BVerfGE 143, 38 (57).

136. Kretschmer, ZIS 2016, 763.

137. Hammen, ZIS 2014, 303.

138. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17.

139. Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 101.

140. Dannecker/Schuh (Fn. 43), § 1 Rn. 166; Hecker (Fn. 138), Kap. 7 Rn. 101; Enderle (Fn. 133), S. 268 ss. N. do T.: LFBG é uma abreviação que se refere à Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch, um conjunto de leis que regula a produção, rotulagem, distribuição e venda de alimentos, utensílios domésticos e rações para animais.

141. Rotsch (Fn. 7), § 2 Rn. 37.

142. BVerfGE 110, 33.

143. BVerfGE 110, 33 (61 ss.).

144. BVerfGE 110, 33 (63 ss., destaque apenas aqui).

observação se refira à situação de decisão dos aplicadores normativos, o princípio subjacente pode ser aplicado também à situação do sujeito normativo; inversamente, o legislador penal não precisa abdicar de remissões escalonadas se a situação típica abrangida não tiver característica de uma “situação de urgência” e o destinatário normativo puder regularmente seguir a cadeia de remissões com o devido cuidado. Nas palavras do BVerfG (com relação aos §§ 58, para. 3, no. 1, 62, para. 1, no. 1, LFGB):

“O esforço na leitura da norma e na implementação mental das remissões – apesar de significativamente aumentado – não leva, neste caso, ao ponto em que o conteúdo normativo legal não seria mais reconhecível, mesmo que as remissões sejam claras em termos de redação.”¹⁴⁵

Remissões escalonadas tornam a busca jurídica desconfortável, mas não tornam a norma penal, por si só, obscura.¹⁴⁶ Especialmente nos tempos da internet, não é irrazoável pesquisar a norma de preenchimento relevante nos *sites* oficiais de um estado federado, do governo federal ou da União Europeia.¹⁴⁷ Torna-se realmente problemático quando uma lei penal alemã remete para o direito europeu, cujas versões linguísticas são todas vinculativas.¹⁴⁸ Aqui, existem ambiguidades inerentes ao sistema, que, no entanto, não decorrem da técnica de remissão em si, mas, sim, do objeto ou dos objetos da remissão.

c) Regras sobre o erro no direito penal e leis penais em branco

A aplicação das regras de erro jurídico no contexto de leis penais em branco é controversa em muitos aspectos.¹⁴⁹ Até o momento, nem a jurisprudência nem a doutrina conseguiram estabelecer uma linha clara entre tipos penais com elementos normativos de um lado e tipos penais em branco de outro. Segundo uma opinião amplamente controversa, mas ainda predominante, a aplicação do § 16 ou do § 17 do Código Penal dependeria do seguinte princípio: se o autor não conhecia a existência ou eficácia da norma de preenchimento, ele estava equivocado nos termos do § 17 do Código Penal.¹⁵⁰ No entanto, na jurisprudência

145. BVerfG, Beschl. v. 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 96.

146. Cf. *Towfigh*, *Der Staat* 48 (2009), 29 (30).

147. Exemplificativamente para Hessen: [www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/search] (31.03.2023); Para a EU: [https://eur-lex.europa.eu/homepage.html] (31.03.2023); Para legislação federal, o *site* oficial do Ministério Federal da Justiça e Proteção ao Consumidor (BMJV): [www.gesetze-im-internet.de] (31.03.2023). Sobre a acessibilidade do ato jurídico como critério de determinação, Satzger (nota de rodapé 23), p. 246.

148. *Langheld*, *Vielsprachige Normenverbindlichkeit im Europäischen Strafrecht*, 2016, passim; *Satzger/Langheld*, *HRRS* 2011, 460 (464).

149. *M. Wagner*, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, Rn. 365; siehe auch *Kuhli* (Fn. 44), S. 414; *Rotsch* (Fn. 7), § 2 Rn. 17; *Eisele*, *JuS* 2020, 365 (366).

150. O clássico nesse sentido é o BGH NJW 1981, 354 (aqui, *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2017, Rn. 402 ff.; *Walter*, *Der Kern des Strafrechts*, 2006, S. 361 ss.); ver também BGH wistra 2013, 153; *Sternberg-Lieben/Schuster* (Fn. 116), § 15 Rn. 99.

também são feitas várias exceções a esse princípio, de modo que, no estado atual, não é possível estabelecer mais do que uma casuística confusa.¹⁵¹

No entanto, os detalhes não são relevantes aqui, pois para o destinatário normativo “especial” (tipificado), que é pressuposto ou espera-se que busque aconselhamento jurídico, isso não tem consequências práticas significativas. A alegação de que ele não conhecia a norma de preenchimento do tipo penal em branco provavelmente não será aceita na maioria dos casos. Isso porque ele tinha o tempo e o conhecimento necessários para descobrir a existência e eficácia de uma norma de preenchimento correspondente, bem como seu conteúdo normativo. Se levarmos a sério o método utilizado pelo BGH para a determinação do dolo, que considera a não obtenção de aconselhamento jurídico como indiferença e, portanto, como um indício de dolo eventual, isso se aplica tanto ao § 16 quanto ao § 17 do Código Penal.

V. EXCURSO: CRIMINAL COMPLIANCE E EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRECISÃO

Se é permitido ao legislador presumir, no âmbito da criação normativa, que os destinatários da norma de comportamento penalmente sancionado estão legalmente aconselhados, isso também está associado ao risco de uma delegação parcial da criação normativa para particulares, especialmente quando os tipos penais são formulados de maneira obscura. A tarefa de precisar a norma de comportamento penalmente sancionado é então assumida, especialmente em relação a disposições penais recém-introduzidas, pelo destinatário normativo. Isso se aplica de duas maneiras: em primeiro lugar, ele tem a obrigação, pelo menos no que diz respeito ao mérito, de esclarecer uma situação jurídica difícil, consultando juristas especializados (com mais ou menos sucesso e frequentemente com custos significativos). Em segundo lugar, surge uma cultura sombria de criação normativa privada, que muitas vezes é orientada por interesses. Com razão, *Kuhlen* já no início da discussão sobre *compliance* no direito penal chamou a atenção para a existência de certo “vácuo de concretização” que permite a entrada de “criações normativas e imposições mais ou menos privadas”, que atualmente estão em alta principalmente sob o termo “Compliance”.¹⁵²

A espiral descendente da clareza normativa continua quando o BGH passa a considerar essas normas estabelecidas privadamente como ponto de referência para a precisão das normas estatais. Isso ocorre ao se recorrer às diretrizes internas do sistema de conformidade (*Compliance*) estabelecido em uma empresa para esclarecer deveres comportamentais específicos. Um exemplo desse procedimento foi observado no caso “Siemens”, quando se discutia se a manutenção de um “caixa 2”, reservado para subornos, constituía uma violação do dever de administração de bens perante a empresa nos termos do § 266, parágrafo 1, variante 2, do Código Penal (StGB).¹⁵³ No contexto da punibilidade da corrupção ativa

151. Exemplo em *Walter* (Fn. 149), S. 36.

152. *Kuhlen* (Fn. 51), S. 31.

153. BGHSt 52, 323 (335 f.) = CCZ 2009, 38; Vorinstanz LG Darmstadt, Urt. v. 14.5.2007 – 712 JS 5213/04 KLS = BeckRS 2007, 28; siehe hierzu *Rotsch* (Fn. 3 – Hdb. d. StR), § 26 Rn. 30; *ders.* (Fn. 8), Kap. 4

e passiva no setor privado de acordo com o § 299 do StGB, encontram-se mecanismos semelhantes, agora estabelecidos por lei: por exemplo, na redação atual do § 299, parágrafo 1, n.º 2, parágrafo 2, n.º 2, do StGB, encontramos a expressão “e, assim, violar seus deveres para com a empresa”. Com a introdução desse chamado “modelo do senhor do negócio”, a criação normativa privada por meio da conformidade penal molda o conteúdo do tipo penal e, assim, tem um efeito na fundamentação da punibilidade.

Preocupações constitucionais surgem com essa abordagem quando se leva em consideração a jurisprudência do BVerfG sobre a exigência de precisão. O primeiro indício de uma espécie de “rebaixamento mútuo” em relação aos requisitos de determinação já pode ser observado em uma decisão inicial do BVerfG, na qual o tribunal até deixou em aberto se uma norma penal pode ser inconstitucional devido à sua indefinição:¹⁵⁴ em BVerfGE 4, 352 (358), afirma-se que a jurisprudência do BGH foi “bastante justa” na tarefa de esclarecer e delimitar o conteúdo do conceito “envolvido na vida política do povo”.¹⁵⁵ Portanto, foi o BGH – e não o legislador – que conferiu à lei penal uma suficiente determinação.

Isso é, por si só, altamente problemático e já foi amplamente criticado na literatura.¹⁵⁶ Já do ponto de vista metodológico, podem ser levantadas objeções significativas contra a exigência de precisão¹⁵⁷ como meio de “cura” para leis penais indefinidas, as quais não precisam ser repetidas aqui.¹⁵⁸ Ao examinar a abordagem da jurisprudência especializada, do legislador e do BVerfG como um todo, torna-se evidente a gravidade do problema: quando a jurisprudência especializada recorre a diretrizes internas da empresa para a concretização da norma e o BVerfG interpreta esse resultado de interpretação como uma prova da suficiente determinação legal da disposição penal, isso leva indiretamente a uma redução dos requisitos do artigo 103, parágrafo 2, da Lei Fundamental. Deve-se considerar que o BVerfG faz comparações entre os diferentes tipos penais:¹⁵⁹ “Contudo, as imprecisões que surgem aqui não são maiores do que as de características individuais em outros tipos penais, que, de resto, são suficientemente definidos”.¹⁶⁰

Que esse tipo de argumentação provoca o risco de uma “ruptura de barragem” é evidente, pois o que é permitido aqui também não pode ser proibido ali, e assim por diante. O nível geral de determinação exigido constitucionalmente tende a diminuir, concedendo ao legislador possibilidades mais amplas de formular suas leis penais de maneira (ainda) mais indefinida.

Rn. 56. Sobre isso, em detalhes, I. Roxin, in: Rotsch (Fn. 2 – Status quo und Status futurus), S. 351 (353 ss.). Falk, Die Untreuerelevanz von Verstößen gegen Compliance-Regelungen, 2020.

154. Ver também: Kunig (Fn. 57), Art. 103 Rn. 27.

155. ... Porque o § 187a do Código Penal, objeto do processo, não era inconstitucional.

156. Ver, por exemplo, Schmitz (Fn. 33), § 1 Rn. 58 f. m.w.N.; Roxin (Fn. 124), § 5 Rn. 70; ambivalente, Roxin/Greco (Fn. 26), § 5 Rn. 70, 79a.

157. Acima, II. 2.

158. Satzger (Fn. 35), § 1 Rn. 23.

159. Crítico, Kunig (Fn. 57), Art. 103 Rn. 29.

160. BVerfGE 47, 109 (122).

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) caminha no sentido de incorporar o “destinatário da norma” e a “situação específica de ação” na definição do padrão de determinação. Isso leva a uma considerável relativização da exigência de clareza normativa no âmbito do direito penal econômico. Portanto, deve fazer parte do *criminal compliance* criar a impressão de um “desejo honesto” e incondicional de cumprir a lei, a fim de compensar *ex ante* quaisquer déficits na interpretação dos fatos objetivos de leis penais “obscuras” antes que o crime seja cometido. As exigências da jurisprudência são, no entanto, relativamente rigorosas, sendo notável que sua abordagem às regras de erro dos §§ 16, 17 do Código Penal ainda está em evolução. As consequências do mandato de concretização postulado pelo BVerfG são particularmente intrincadas: por um lado, há uma transferência das exigências de concretização não cumpridas pela promessa de garantia do princípio da legalidade para o sujeito da norma – tanto em relação aos requisitos objetivos quanto aos subjetivos da punibilidade. Por outro lado, há o risco de uma abertura para a criação de leis penais ainda mais imprecisas. É hora de acompanhar criticamente esse desenvolvimento no contexto das discussões sobre *Compliance* no direito penal.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- *Compliance* anticorrupção e modelagem regulatória: regulação prescritiva e risco de implantação de programas de fachada, de Vânia Lúcia Ribeiro Vieira e Márcio Lório Aranha – *RBCCrim* 167/149-187;
- *Compliance*, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001, de Márcio Adriano Anselmo – *RT* 979/53-67;
- *Compliance programs and corporate criminal compliance*, de Anabela Miranda Rodrigues – *RBCCrim* 149/17-28;
- Deveres e responsabilidades do *chief compliance officer* na condução de investigações internas, à luz dos programas de integridade, de Cassio Roberto Conserino e João Rodrigues da Costa Bonvicino – *RDPEC* 4/31-59;
- Investigações corporativas e a prova no processo penal, de Luis Ricardo de Oliveira Dantas – *RDPEC* 17/131-152;
- Metalinguagem e *compliance*: por um delineamento dos limites de imputação penal dos *compliance officers*, de Rodrigo Fuziger – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 27; e
- Os limites da responsabilização penal do *compliance officer* nos crimes de branqueamento: da (im)possibilidade de condenação pelo incumprimento do dever de comunicação de operações suspeitas, de José Adaumir Arruda da Silva – *RBCCrim* 186/75-104.

ROTSCH, Thomas; KLEIN, Dennis. Tradução: RAPHAEL BOLDT.

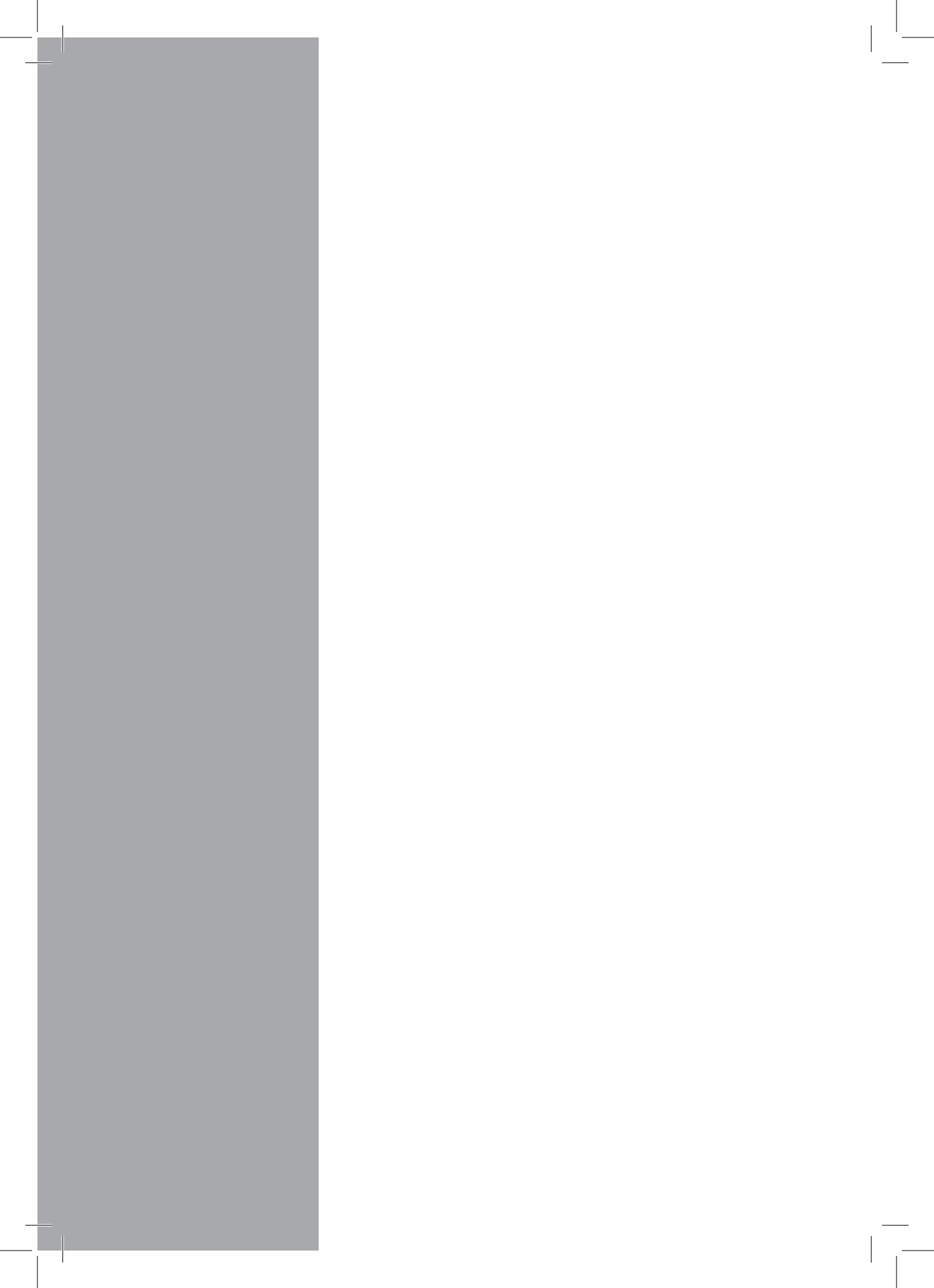
Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional.

Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 202, ano 32, p. 159-184. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024.

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10719069>].

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, curved surface.

Criminologia



A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO NA ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS

THE CONSTITUTION OF THE SUBJECT IN THE ASSOCIATION OF PROTECTION AND ASSISTANCE TO CONVICTS

FIGUEIREDO MONTEIRO NETO

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional Uninter (2019). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM (2008). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG (2007). Professor do Centro Universitário Fundação Assis Gurgacz – FAG. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1492313574982202>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-0538-1688>].
figueiredomonteiro@yahoo.com.br

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10725012>].

Recebido em: 15.11.2021

Aprovado em: 04.04.2022

Última versão do autor: 08.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O tema deste artigo está centrado num método de execução da pena privativa de liberdade denominado APAC, cujo acrônimo significa Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Diante da afirmação dos idealizadores desse Método de que ele se trata de uma forma humana de execução penal, o problema, do qual decorre o objetivo geral, consistiu em analisar qual é o tipo de sujeito que se pretende constituir em seu interior. Os objetivos específicos consistiram em: descrever as regras de direito adotadas para implantação e funcionamento do Método; investigar quais são as práticas judiciais exercidas na APAC; e identificar os processos de

ABSTRACT: The mealy issue of this article is focus on a specific kind of executing custodial sentence called APAC – Association of Protection and Assistance to Convicts. Faced with the statement of the creators of this method, that it is a human form of penal execution, the problem, from which the general objective derives, was to analyze what type of subject is intended to be formed within it. The specific objectives consisted in: describing the rules of law adopted for the implementation and operation of the Method; investigating what judicial practices are exercised in APAC; identifying the processes of subjectivation existing within it. The hypothesis

subjetivação existentes em seu interior. A hipótese estabelecida é a de que a APAC se trata de um dispositivo disciplinar e o sujeito ali constituído é um indivíduo dócil e útil. O marco teórico que sustenta o artigo é o pensamento de Michel Foucault e suas investigações acerca dos modos de subjetivação. Quanto à metodologia empregada no artigo, foi empreendida análise das obras publicadas por Mário Ottoboni – principal idealizador do Método, sob a perspectiva foucaultiana. Trata-se de pesquisa teórica e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: APAC – Execução penal – Michel Foucault – Sociedade disciplinar – Modos de subjetivação.

established is that APAC is a disciplinary device and the subject constituted there is docile and useful subject. The theoretical framework that supports the article is Michel Foucault's thought and his investigations about the modes of subjectivation. As for the methodology used in the article, was analyzed academic production by Mário Ottoboni – the main creator of the Method – under the Foucaultian perspective. This is a theoretical and bibliographical research.

KEYWORDS: APAC – Penal execution – Michel Foucault – Disciplinary society – Modes of subjectivation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Método APAC – Características gerais e elementos fundamentais. 2.1. O Método APAC – Características gerais. 2.2. Inovações ao Método APAC – Elementos fundamentais. 3. A constituição do sujeito no sistema APAC. 4. Considerações finais. 5. Referências. 6. Legislação. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

“Amando o Próximo, Amarás a Cristo” e “Associação de Proteção e Assistência aos Condenados” são os significados do acrônimo APAC (OTTOBONI, 2014, p. 36), que corresponde a um Método¹ de execução da pena privativa de liberdade implantado inicialmente, de forma experimental, no Estado de São Paulo, em 1972, na Comarca de São José dos Campos. A iniciativa foi protagonizada por um cursilista² chamado Mário Ottoboni e contou com o apoio do então juiz corregedor da Vara de Execuções Penais da Comarca, Sílvio Marques Neto (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 17-36).

O acrônimo APAC apresenta dois sentidos muito particulares relacionados aos significados abordados supra. O primeiro – “Amando o Próximo, Amarás a Cristo” – remete à Pastoral Penitenciária, que tem por preocupação precípua o aspecto espiritual da pessoa presa; já “Associação de Proteção e Assistência aos Condenados” alude à entidade jurídica propriamente dita, isto é, a uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos (OTTOBONI, 2014, p. 36).

1. Nos livros de Ottoboni, em regra, quando este se refere ao Método APAC, ele o faz com a inicial da palavra “método” em maiúscula. Por essa razão e para diferenciar de outros sentidos que essa palavra possa apresentar neste texto, sempre que ela for empregada e que a intenção seja se referir ao Método APAC, ela aparecerá com inicial maiúscula.
2. Os Cursilhos de Cristandade consistiram em retiros espirituais promovidos pela Igreja Católica, na década de 70, do século XX, para a formação de cristãos leigos (OTTOBONI, 2017, p. 19-23).

Esse Método de execução penal se sustenta em 12 elementos reputados fundamentais para a obtenção de sucesso naquilo que seus idealizadores apontam como seu principal objetivo, qual seja, a “recuperação” da pessoa presa com vistas à sua reintegração à sociedade. Para Ottoboni, esses elementos não são aplicados, na totalidade, no sistema de execução penal comum e consistem em: a) participação da comunidade; b) ajuda do recuperando a outro recuperando; c) trabalho; d) religião e a importância de se fazer a experiência de Deus; e) assistência jurídica; f) assistência à saúde; g) valorização humana, base do Método APAC; h) família; i) voluntário e o curso para sua formação; j) Centro de Reintegração Social (CRS); k) mérito; e l) *Jornada de Libertação com Cristo* (OTTOBONI, 2014, p. 65-104).

O estudo do Método de execução penal APAC, portanto, é o tema do presente artigo. Escolhido o tema e a fim de delimitá-lo, foi eleito como objeto de pesquisa o estudo da constituição do sujeito na APAC. Importante ressaltar, ainda, no que concerne à delimitação do tema e do objeto, que a abordagem do termo “sujeito” que será realizada neste trabalho é aquela empregada por Michel Foucault ao se referir aos “modos de subjetivação”.

Foucault, por meio de seus ditos e de seus escritos, auxilia a esclarecer os sentidos do termo “sujeito” numa entrevista realizada no ano de 1982, intitulada *O sujeito e o poder*, ao afirmar que “há dois sentidos para a palavra *sujeito*: sujeito submisso ao outro pelo controle e pela dependência, e sujeito ligado à sua própria identidade pela consciência ou pelo conhecimento de si” (FOUCAULT, 2014b, p. 123, grifo do autor). Tanto no primeiro quanto no segundo caso, há situações em que o indivíduo se encontra “assujeitado”, ou seja, (o indivíduo) está diante de relações de saber-poder que o circunscrevem e o subjugam, que o submetem (FOUCAULT, 2014b, p. 123).

Mas o que é o “sujeito” para Foucault? É importante mencionar que, para esse pensador francês, importava “[...] mostrar como o próprio sujeito se constituía, nessa ou naquela forma determinada, como sujeito louco ou não, como sujeito delinquente ou não, através de um certo número de práticas, que eram os jogos de verdade, práticas de poder etc.” (FOUCAULT, 2014b, p. 268). Cabe então mencionar que é necessário cautela ao conceituar “sujeito” segundo os ditos e os escritos de Foucault. Não existe em Foucault um “sujeito” preestabelecido, pois ele é constituído no interior de uma conjunção de estratégias de saber-poder. O sujeito, para Foucault, não é uma “substância”, mas, sim, uma “forma”, que se constitui de modos diferentes historicamente em relação aos discursos de verdade (FOUCAULT, 2014b, p. 268-269).

É justamente por isso, precisamente desse modo, que este artigo pretende problematizar que tipo de sujeito a APAC constitui por meio de seus regulamentos, da disciplina imposta, da racionalidade que se efetiva mediante diversas práticas efetuadas no interior desse Método. Essa problematização acaba por se entrecruzar com outras, mais amplas, como: a indagação sobre a possibilidade de os sujeitos saírem da condição de sujeição na qual se encontram por si próprios; sobre as possíveis formas de subjetividade que possam ser criadas; sobre a ética e a liberdade, quando se sabe, ainda conforme Foucault, que os indivíduos, de alguma forma, encontram-se continuamente lançados numa rede de relações de saber-poder.

Foucault trabalha essas relações (de saber-poder) em vários escritos. No que se refere ao domínio jurídico, ele o faz especialmente em *Vigiar e Punir* e no curso *A sociedade punitiva*.

Neles, apontou o surgimento de uma sociedade disciplinar que se desenvolveu a partir do século XVIII, na qual há uma excelência disciplinar a ser seguida, em que os indivíduos são fiscalizados e vigiados. A sociedade disciplinar é responsável por alcançar uma nova economia entre relações de poder e jogos de verdade de modos variados, mas com princípios comuns: a concentração e a composição de forças com a manutenção dos indivíduos em diferentes espaços (FOUCAULT, 2002, 2015).

Ainda, nesse ponto, é preciso cautela, porque quando se fala em “poder” o sentido atribuído a essa palavra é muito específico no pensamento foucaultiano. Não se trata de uma instância apenas de repressão, muito menos se reduz (esse “poder”) aos aparelhos estatais, como se o poder só reprimisse e subjugasse.

No livro *História da sexualidade*, v. 1 – A vontade de saber, Foucault esclarece minuciosamente o sentido do termo “poder”, ao dizer, em síntese, que não existe “o Poder”, mas, sim, poderes, instâncias diversas que o exercem em todo o corpo social, ou seja, o que há é uma microfísica do poder, que não se situa somente em termos de superestrutura. E mais, afirma Foucault – e aqui reside um ponto central – que, em toda relação de poder, há resistência, ou seja, só há poder onde há resistência, por isso, não existe o lugar ou um espaço “da grande Recusa”, aquele lugar que é “foco de todas as rebeliões” – o que há são “resistências, no plural, que são casos únicos”, resistências estas que, “[...] por definição, não podem existir a não ser no campo estratégico das relações de poder” (FOUCAULT, 2020, p. 104). Não por outra razão, como o poder está em toda parte, ele, o poder, “não é sempre o mal”, de forma que é preciso lidar com ele até o ponto em que seja possível alcançar o mínimo de dominação e o máximo de liberdade individual (FOUCAULT, 2014a, p. 278).

Justamente por isso que, neste trabalho, serão analisados os efeitos do Método de execução penal proposto pela APAC, de forma que o problema consiste em perquirir os modos de subjetivação lá colocados em curso, as subjetividades lá constituídas neste jogo entre relações de poder de um lado e resistência do outro. Em síntese, o problema proposto traz o seguinte questionamento: que tipo de sujeito se pretende constituir no interior da APAC?

A importância deste estudo decorre da atual expansão de implantação de APACs. Apesar de o Método remontar ao ano de 1972, somente no ano de 2012 é que o Estado do Paraná (local em que este pesquisador atua como servidor público) editou Lei Estadual autorizando sua aplicação no Estado. Trata-se da Lei 17.138, que autorizou “[...] o Governo do Estado a firmar convênio com as entidades civis de direito privado sem fins lucrativos e Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APACs”, para que estas funcionem como administradoras de estabelecimentos penais (PARANÁ, 2012).

Desde então, há três APACs em exercício no Estado do Paraná, estando elas localizadas nas Comarcas de Barracão (desde o ano de 2012), Pato Branco (desde o ano de 2014) e Ivaiporã (a partir de 2019). Além disso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná publicou notícia em seu sítio eletrônico, em 2018, divulgando que tem envidado esforços para estender a aplicação desse Método a todas as Comarcas do Estado (PARANÁ, 2018). Destaque-se que a referida instituição compôs um grupo de estudos – via Portaria 4324-D. M. – para instalação das APACs em todo o Estado do Paraná, sob a coordenação de uma juíza de direito

(PARANÁ, 2015), dada a importância desse Método para o Tribunal de Justiça, ressaltando a pertinência/razoabilidade de seu estudo e compreensão.

O estudo do referido Método também é importante diante da necessidade de se analisar as alternativas penais apresentadas pelo Poder Público no Sistema de Justiça Criminal, uma vez que, com isso, é possível avaliar se esse novo Método de execução penal se refere a uma política penal ou a uma política criminal.

Ambas – política penal e política criminal –, neste trabalho, serão abordadas segundo a perspectiva da Criminologia Crítica, do jurista italiano Alessandro Baratta, contempladas na obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Para ele, a política penal se refere, em síntese, a “[...] uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança)”; a política criminal, por sua vez, deve ser entendida, “[...] em sentido amplo, como política de transformação social e institucional” (BARATTA, 2002, p. 201).

Nesse sentido, para Alessandro Baratta, uma política criminal alternativa somente pode ser assim considerada quando “[...] escolhe decididamente [a] segunda estratégia [da política criminal], extraindo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal” (BARATTA, 2002, p. 201). Com essa percepção da criminologia crítica, será possível avaliar, com maior segurança, se realmente os objetivos propostos pelo Estado e, no caso, pelo modelo apaqueano, consistem em criar alternativas à pena de prisão ou se se busca implementar mais um dispositivo de segurança a fim de ampliar e legitimar o sistema penal.

Ao fazer uma busca no sítio eletrônico da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES utilizando a palavra-chave “APAC”, foram encontrados 57 trabalhos acadêmicos sobre este tema, destacando-se nove trabalhos da área do Direito (CAPES, 2016). Ao analisar esses trabalhos, percebe-se que os pesquisadores da área jurídica comumente se posicionam de forma positiva quanto aos efeitos alcançados pelo Método, reputando-o humanizador e eficiente na ressocialização da pessoa presa.

Fernando Laércio Alves da Silva, por exemplo, sustenta que, “se aplicado de forma coerente, [...] é o Método APAC a resposta tão procurada pelos teóricos da justiça restaurativa para a correta aplicação de pena privativa de liberdade sobre o condenado” (SILVA, 2007, p. 153).

Maria Antonieta Rigueira Leal Gurgel também examinou o modelo apaqueano, a partir de sua experiência em Itaúna/MG e Viçosa/MG, e concluiu que “o Método APAC tem muitos méritos, sendo que o primeiro deles é o de fazer cumprir, à risca, o que prescreve a Lei de Execução Penal [...]” (GURGEL, 2008, p. 107).

O modelo de execução da pena realizado na APAC de Itaúna/MG também foi objeto de pesquisa de Cíntia Aparecida Nunes Pereira, que fez um paralelo entre este modelo com o modelo de execução penal comum em curso na Grande Vitória/ES. Pereira concluiu que o Método APAC “[...] está alicerçado em uma ética de responsabilidade [...]”, sendo uma alternativa viável ao sistema penal tradicional (PEREIRA, 2010, p. 112).

O trabalho de Carolina Maria Alves Costa realizou uma análise dos efeitos do Método apaqueano também na APAC de Itaúna/MG, concluindo, por sua parte, que, com esse

Método, é possível alcançar a ressocialização do preso, afirmando tratar-se de um instrumento hábil para humanizar a execução penal (COSTA, 2016).

Ao analisar as afirmações lançadas nessas pesquisas, a importância e o interesse em investigar o Método APAC tornam-se ainda maiores. Um ponto muito importante que se vislumbra e que consiste num hiato a ser preenchido refere-se à pesquisa das relações de saber-poder presentes no Método apaqueano, ao examinar se é possível efetivamente mudar essas relações entre instituição e pessoa presa, ou seja, analisar se, naquele espaço, o sujeito se constitui por meio de um processo de normalização ou se ele é levado a adotar uma prática assídua de atenção sobre si – não como perscrutação de sua consciência e de seu desejo, mas como exercício contínuo de elaboração de sua própria existência. Dessa maneira será possível avaliar se o Método se aproxima do que aludiu Foucault pela expressão “direito novo”, isto é, um direito “antidisciplinar” e, ao mesmo tempo, “liberado do princípio da soberania”³ (FOUCAULT, 1999, p. 47).

O objetivo geral traçado neste artigo consiste em analisar o tipo de sujeito que se pretende constituir na APAC. Os objetivos específicos consistem em: descrever as regras de direito adotadas para implantação e funcionamento do Método APAC; investigar quais são as práticas judiciais exercidas na APAC; e identificar os processos de subjetivação existentes em seu interior.

O marco teórico em que se esteia a pesquisa é o pensamento de Foucault e suas análises arqueológicas e genealógicas. A razão da escolha de Foucault como marco teórico desta pesquisa pode ser explicada por dois motivos. Primeiramente, porque, como ressaltado pelo próprio Foucault na entrevista *O sujeito e o poder*, ele dedicou mais de 20 anos de suas pesquisas em torno dos processos de subjetivação na sociedade dita Ocidental, cuja principal preocupação era analisar os modos de constituição do sujeito (FOUCAULT, 2014b, p. 118). Somado a isso, deve-se ter em conta que um dos domínios das análises empreendidas por Foucault foi aquele das práticas jurídicas. Ele chegou a afirmar, inclusive, que nelas se encontram as formas mais importantes de emergência de subjetividade na modernidade (FOUCAULT, 2003, p. 11).

Se suas reflexões não são unanimemente aceitas, fato é que provocaram abalos epistemológicos irreversíveis na história e no sistema penal. A segunda razão para a escolha de Foucault como marco teórico dá-se pela perspectiva de pesquisa implementada por este pensador francês que declarava “[...] realizar um diagnóstico do presente [, ou seja,]: dizer o que somos hoje e o que significa, hoje, dizer o que nós dizemos” (FOUCAULT, 2014c, p. 34). Este é justamente o objetivo desta pesquisa: realizar o “diagnóstico” do presente, buscando

3. A esse respeito, é preciso realizar uma observação. Quando Foucault se refere, nessa passagem, ao “princípio da soberania”, não quer dizer o mesmo que “sociedade de soberania”, que fez parte de outro momento da história, especialmente durante o Antigo Regime (FOUCAULT, 2002, p. 9-60). Para Foucault, mesmo depois do Antigo Regime, a teoria da soberania continuou a orientar a criação dos códigos jurídicos desde o século XIX, tendo, inclusive, uma função importante e específica nesse sistema: mascarar os processos disciplinares em curso naquilo que ele denominou de sociedade disciplinar (FOUCAULT, 1999, p. 27-48).

identificar o tipo de sujeito que se pretende constituir no interior das APACs, entidades que estão atualmente em franca expansão no Estado do Paraná.

A hipótese que se apresenta é a de que o Método apaqueano não é somente mais um dispositivo disciplinar que atua sobre a pessoa presa, constituindo-a como um indivíduo normalizado, dócil e útil, mas que ali são limitados os espaços que levam o sujeito a adotar uma prática assídua de atenção sobre si. Essa hipótese tem em conta a análise realizada por Foucault a respeito do surgimento da pena de prisão como principal forma de punição na sociedade ocidental, quando propôs uma nova analítica de poder ao examinar o sistema carcerário, os mecanismos de vigilância e castigo, em escritos e cursos como *Vigiar e punir*, de 1975, e *A sociedade punitiva*, de 1972-1973.

No que concerne às “medidas alternativas à prisão”, numa conferência realizada em 1976, na Universidade de Montreal, Foucault se mostra bastante cético, ressaltando que “[...] a questão em torno de uma alternativa à prisão permanecerá sem sentido, ou em todo caso parcial, se partir do *lugar-comum* que constitui em se afirmar que a prisão fracassou” (FOUCAULT, 1976, apud FONSECA, 2012, p. 169, grifo do autor).

Quanto à metodologia empregada para realizar este artigo, foi empreendida análise das obras publicadas por Ottoboni, sob a perspectiva foucaultiana, ou seja, foram analisados os discursos existentes no interior dessas obras, para descrever quais são as regras jurídicas que sustentam o Método APAC, quais os discursos de verdade que são defendidos em seu interior, e, feito isso, definir qual tipo de sujeito se pretende constituir nessas instituições. Trata-se, portanto, de uma pesquisa teórica e bibliográfica.

2. O MÉTODO APAC – CARACTERÍSTICAS GERAIS E ELEMENTOS FUNDAMENTAIS

2.1. O Método APAC – Características gerais

Ottoboni escreveu vários livros sobre o Método APAC com o intuito de sistematizá-lo e ampliá-lo para variadas Comarcas, não só de seu Estado, mas também de outros Estados da Federação, tendo-o apresentado inclusive em outros países (OTTOBONI, 1978b, p. 29). O primeiro desses livros, *Cristo chorou no cárcere*, foi escrito em coautoria com Silvio Marques Neto e traz uma exposição de como nasceu seu interesse em trabalhar com a “reeducação de presos”. Ottoboni disse que, três anos depois de ter realizado seu “cursinho de cristandade”, surgiu-lhe o desejo de participar de algum projeto que o deixasse realizado como cristão. Foi então que, no início de 1972, numa manhã, veio-lhe o interesse de realizar um trabalho junto aos presos, propósito que se confirmou depois de uma visita ao setor de carceragem da Cadeia Pública de São José dos Campos/SP, local que ele reputou como “depósito humano”, diante das condições de “imundície e sordidez” que pairavam naquele espaço (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 17-19). Ao se referir à Cadeia Pública de São José dos Campos, Marques Neto a descreveu como *masmorra medieval*, ressaltando que “as celas feitas para quatro ou seis indivíduos, ‘suportavam’ 10, 12, 14 e até 22 presos ‘depositados’” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 64, grifo do autor).

Diante desse quadro, Silvio Marques Neto apontou que dois propósitos se uniram para promover uma mudança na situação em que se encontravam os internos da Cadeia Pública

de São José dos Campos/SP. O propósito de Ottoboni era ajudar os presos, e o dele – Marques Neto –, era encontrar “[...] a solução para as deficiências físicas da cadeia e do sistema penal local” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 65).

O início dos trabalhos com as pessoas presas deu-se com a realização de uma missa mensal na cadeia pública local. Logo depois do ato litúrgico, era realizada uma confraternização com os “reeducandos”, momento em que o grupo liderado por Ottoboni era composto por 15 “cristãos”, que logo se viu reduzido a sete, uma vez que os desistentes diziam não querer lidar com presos e com o ambiente prisional. Depois de algum tempo, foi instalada uma biblioteca no local – que recebeu o nome de “São Paulo Apóstolo” – a qual tinha como finalidade incentivar a leitura entre os reeducandos (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 20-25).

Além dos desafios relatados por Ottoboni na realização do trabalho com os reeducandos durante a fase de execução da pena em São José dos Campos/SP, como também na constituição e na consolidação de um grupo da sociedade civil que o auxiliasse em seu projeto, havia outro (desafio) relacionado aos egressos, tamanha a dificuldade em conseguir meios alternativos e legais para mantê-los distantes do contato com o crime quando estivessem fora da prisão. A principal dificuldade dos egressos consistia em conseguir empregos lícitos, o que poderia constituir-se, pensava Ottoboni, numa espécie de justificativa para a continuidade no âmbito criminal (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 18-36).

Diante disso, Silvio Marques Neto orientou Ottoboni a constituir uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com objetivo de emitir atestados de bom comportamento carcerário, facilitando aos egressos, dessa forma, suas pretensões empregatícias. Assim, foi constituída a primeira APAC no Brasil, em 15 de junho de 1974, na Comarca de São José dos Campos/SP, passando a funcionar como entidade juridicamente organizada (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 33-36). Justamente por se tratar da primeira APAC no Brasil, Ottoboni a designa “APAC-mãe” em seu livro *Vamos matar o criminoso? Método APAC* (OTTOBONI, 2014, p. 53).

No momento da fundação da APAC de São José dos Campos/SP, Ottoboni já havia contornado, parcialmente, o desafio de encontrar membros da sociedade civil dispostos a auxiliá-lo em seu projeto, uma vez que aquela instituição já se encontrava composta por 50 casais de cursilhistas, cada um deles responsável por acompanhar e assistir dois presos. Os integrantes do casal eram chamados de “padrinhos”, e o preso, denominado “afilhado” (OTTOBONI, 1978a, p. 11).

O passo seguinte à constituição da entidade como pessoa jurídica concerniu à realização de cursos de valorização humana com os reeducandos, com seleção de 30 deles, e efetivação de uma *Jornada Carcerária de Evangelização* voltada a “[...] despertar em todos a certeza de que a verdadeira essência da vida está dentro do ser humano, e ela somente pode ser cultivada sob a égide do amor a Deus” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 38-39; p. 45). Os autores deixam muito claro que o fator de base do Método é a religião e que, apesar de não haver a imposição de uma específica, trabalha-se a conscientização do reeducando sobre a importância de ter uma religião que lhe permita: a) crer em algo superior; b) ter um ideal; c) e saber caminhar rumo à meta que propicia a verdadeira libertação (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 90).

Marques Neto e Ottoboni acreditam firmemente que a pena de prisão tem caráter positivo, que se trata de um “bem” para a pessoa presa, tanto no aspecto da prevenção especial positiva quanto no aspecto da prevenção especial negativa, ressaltando que o único meio de quebrar o círculo vicioso do “prende e solta”⁴ comum no campo do Direito Penal é com a reforma da prisão, sem aboli-la, e que pensar diferente é consequência de um julgador ou legislador afastado do contato com a realidade (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 73; p. 77). Não por outra razão, Silvio Marques Neto é categórico em dizer que “o Delegado, o Promotor e o Juiz que prendem, acusam e condenam dão, indubitavelmente, sua colaboração efetiva, ativa e pessoal no trabalho de recuperação do réu” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 69).

Considerados esses dois pressupostos iniciais indispensáveis do Método APAC – a religião e a certeza dos efeitos positivos da pena de prisão –, os idealizadores desse modelo montaram uma escala geral de recuperação da pessoa presa, dividida em estágios que são assim distribuídos: i) *Estágio inicial*: apresenta uma etapa única (constituída por uma missa de “abertura”, participação em palestras temáticas, primeiro contato com os padrinhos, confirmação da aceitação presumida, entre outros atos); ii) *1º Estágio*: dividido em três etapas (*1ª Etapa* – refere-se ao “Terço em família”, englobando aulas de religião, batismo e crisma dos participantes, processo de alfabetização e de ensino de trabalhos manuais, e dá-se início à reintegração do preso com a família e com a sociedade; *2ª Etapa* – correspondente à “saída para a missa”, aos sábados, havendo uma participação mais efetiva nesse evento, com realização de casamentos, da *Jornada Carcerária de Evangelização* e intensificação no/do processo de reintegração do detento no que concerne à família e à sociedade – nessa etapa, o preso já consegue autorização para sair do presídio duas vezes por semana: para o terço em família e para a missa aos sábados; *3ª Etapa* – “Saída para domingo em família” (uma vez por mês) – momento em que ocorre um maior estreitamento na convivência com a família e com os padrinhos; é o momento também da Peregrinação de Leigos Cristãos (PLC) e de outros movimentos cristãos; há uma participação mais efetiva dos próprios presos, que passam a ter papéis de liderança e de cooperação na conquista de novos detentos e na ajuda da preservação de atos benevolentes; nesse momento, o preso consegue a concessão de poder sair do presídio duas vezes por semana (para o terço e para a missa) e uma vez por mês pode passar o domingo com a família). Alcançado o mérito dessa fase – o 1º Estágio –, passa-se para a próxima; iii) *2º Estágio*: correspondente à convivência no Centro de Reeducação (regime de semiliberdade), estágio dividido em duas etapas (*1ª Etapa* – “Serviços na APAC” –

4. Esse círculo vicioso denominado “prende-solta” é descrito por Marques Neto da seguinte maneira: “O indivíduo comete um ou vários delitos, até ser preso. Fica na cadeia até o fim da pena, sem nada fazer, em ambiente da maior promiscuidade, aprendendo a praticar outros tipos de crimes; especializando-se no seu ramo. Terminada a pena, sai da cadeia. É um homem marcado pela sociedade e pela polícia; materialmente continua carente; espiritualmente saiu pior do que entrou; se encontrar a família, esta estará desagregada, ou não o aceitará de volta. Sem eira nem beira, voltará para o crime e, já sendo *fichado*, cai nas mãos da polícia facilmente. É preso. Termina a pena, sai; comete novo crime e é preso novamente [...]” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 71-72, grifo do autor).

os próprios detentos passam a cuidar uns dos outros, principalmente aqueles que fazem parte do Conselho de Solidariedade e Sinceridade (C.S.S.⁵); a ideia é liderar o grupo no caminho das boas ações; há vários ritos que devem ser seguidos nessa etapa, como o “Domingo de Reflexão” e a missa semanal; há também a participação em cursos profissionalizantes; 2ª Etapa – “Bolsas de estudo e serviços em firmas” – aproveitamento de estudos; trabalho; poupança; intensificação da fé e da reintegração com a família e com a sociedade; responsabilidade, cooperação); iv) 3º Estágio: “Sistema de prisão-albergue” – os presos, no Centro de Reeducação, ficam em um pavilhão e neste ficam sob o regime de prisão-albergue (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 91-98, Adaptado)⁶.

Segundo Ottoboni e Marques Neto, é imprescindível que o reeducando percorra todos os estágios do Método APAC para que obtenha sucesso em sua “recuperação”. Nesse sentido, são ambos absolutamente contrários à fixação imediata do regime aberto ou semiaberto na sentença condenatória, e maior aversão apresentam em relação aos substitutivos penais, já que, segundo eles, “a prisão-albergue só funciona realmente se for utilizada como um terceiro estágio do cumprimento da pena” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 81; OTTOBONI, 1978b, p. 116-117). Afirmam, ainda, que a criminalidade aumenta em razão da multiplicação dos casos em que se promove a substituição da pena privativa de liberdade por outras medidas alternativas à prisão, uma vez que, com essas medidas, “[...] o indivíduo ficou com menos medo, ou o perdeu de todo, em relação ao cumprimento da pena” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 72)⁷. Mais adiante, Marques Neto é ainda mais enfático, nesse mesmo sentido, ao dizer que “é de se lamentar que nem todos os juízes e membros de nossos tribunais, (sic) vejam na pena a ser cumprida pelo réu uma função social e um meio de recuperação moral” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 81).

Além disso, para eles, pela escala de “recuperação” da pessoa presa, não deveria existir um prazo objetivo para que o reeducando pudesse progredir de um estágio a outro do cumprimento da pena privativa de liberdade. Segundo Ottoboni, “antes do fator tempo, que é detalhe meramente formal, deve prevalecer o mérito de quem cumpre a pena privativa de liberdade. É só através dele que podemos medir as reais condições do condenado para voltar – ou não – ao convívio social” (OTTOBONI, 2001, p. 88).

Justamente por esse motivo, Ottoboni adverte que, caso o reeducando não ostente condições para avançar do Estágio II/Segunda Etapa para o Estágio III, que representa o atual regime aberto, o preso deve(ria) permanecer indefinidamente – até o fim do cumprimento de sua pena, evidentemente – no segundo Estágio. Para se alcançar o terceiro Estágio, é imprescindível o bom comportamento do reeducando e que ele se mantenha

5. Importante mencionar que a sigla C.S.S. encontra-se grafada dessa forma na obra referenciada/ utilizada como fonte de pesquisa.

6. As etapas de cada Estágio e atividades desenvolvidas em cada um deles podem ser mais bem compreendidas na obra de Ottoboni intitulada *Meu Cristo, estou de volta*: pastoral carcerária aplicada no revolucionário sistema APAC (OTTOBONI, 1978b, p. 73-117).

7. No mesmo sentido, consultar: *Vamos matar o criminoso?* (OTTOBONI, 2014, p. 135).

obediente e disciplinado, ou seja, apresentar-se exemplar no cumprimento de suas obrigações (OTTOBONI, 1978b, p. 107-116).

O comportamento do reeducando, dessa forma, é fiscalizado, constantemente, pelo corpo administrativo da APAC e pelos casais/padrinhos, mas principalmente pelo Conselho de Solidariedade e Sinceridade – C.S.S., um grupo composto pelos próprios presos que têm uma incumbência singular, eis que: “O responsável pela disciplina e ordem interna na *Casa do Reeducando* será do Presidente do Conselho de Solidariedade e Sinceridade” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 143, grifo do autor).

O livro *Cristo chorou no cárcere* foi o primeiro a ser editado por Ottoboni e serviu como modelo para difundir o Método em muitas outras Comarcas do Estado de São Paulo e em outras unidades da Federação. Desde a 1ª edição, inicialmente publicada em 1976, até a 3ª edição, em 1978, que é a presentemente utilizada nesta pesquisa, várias outras adaptações foram realizadas no Método, como o próprio Ottoboni ressaltou no livro *Vamos matar o criminoso? Método APAC*, informando tratar-se de um Método em construção há mais de 30 anos (OTTOBONI, 2014, p. 107).

Diante do sucesso do Método – expandido para outras Comarcas do Estado de São Paulo e até para outros Estados da Federação –, foi criada uma entidade responsável por fiscalizar e uniformizar a aplicação em cada unidade apaqueana constituída. Inicialmente, essa entidade foi denominada de Cobrapac – Confederação Brasileira das APACs, posteriormente renomeada como FBAC – Federação Brasileira de Assistência aos Condenados (MASSOLA, 2005, p. 59).

A FBAC conta, inclusive, com um sítio eletrônico, no qual expõe sua natureza jurídica como também diversas outras informações, tais como organograma, visão, missão, meta etc. Trata-se de uma Associação Civil de Direito Privado sem fins lucrativos que tem “[...] a missão de congregar e manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APACs do exterior”, além de manter “[...] a tarefa de orientar, zelar e fiscalizar a correta aplicação da metodologia e ministrar cursos e treinamentos para funcionários, voluntários, recuperandos e autoridades [...]”, com objetivo voltado a “[...] consolidar as APACs existentes e [a] contribuir para a expansão e multiplicação de novas APACs” (FBAC, 2019).

A FBAC foi fundada em São José dos Campos/SP, no dia 9 de julho de 1995, sob a presidência de Ottoboni. No entanto, diante do encerramento das atividades da APAC de São José dos Campos/SP, em 18 de outubro de 1999, a sede da FBAC foi alterada para a cidade de Itaúna/MG, em 2004, por ocasião do V Congresso Nacional das APACs (FBAC, 2016).

Atualmente, a APAC de Itaúna/MG é a de maior prestígio e sucesso nacional, contando com duas unidades – uma masculina e uma feminina –, sendo objeto de inúmeras pesquisas científicas, como demonstrado na introdução deste trabalho.

Mesmo com o encerramento das atividades da APAC na Comarca de São José dos Campos/SP, Ottoboni continuou a ser o grande nome desse modelo de execução da pena privativa de liberdade e o maior entusiasta do Método. Ele sempre procurou meios de aperfeiçoar seu projeto, chegando a afirmar que algumas experiências não foram bem-sucedidas em determinadas Comarcas diante da omissão dos respectivos membros em aplicar todos os

elementos fundamentais de seu projeto (OTTOBONI, 2014, p. 65); elementos estes que serão mais bem desenvolvidos a seguir.

2.2. Inovações ao Método APAC – Elementos fundamentais

A sistematização do Método APAC, com acréscimos e novas explicações sobre seus elementos fundamentais, consta dos novos livros publicados por Ottoboni, intitulados: *Ninguém é irrecuperável: APAC, a revolução do sistema penitenciário*; *Parceiros da ressurreição*, desenvolvido em coautoria com Valdeci Antônio Ferreira; e *Vamos matar o criminoso? Método APAC*.

Segundo Ottoboni, nenhuma das atividades aplicadas nas APACs decorre do improviso, mas, sim, de uma longa experiência que conta mais de 30 anos. Por isso, afirma Ottoboni, não troca os frutos alcançados e os conhecimentos adquiridos ao longo desses anos, por meio do Método APAC, nem mesmo pelos conhecimentos dos mais festejados teóricos de gabinete (OTTOBONI, 2001, p. 27; OTTOBONI, 2014, p. 122, grifo nosso).

Durante os longos anos de trabalho com pessoas presas, Ottoboni atribuiu um *status* científico ao Método, declarando ter transformado seu trabalho num “laboratório experimental”, e o primeiro passo foi traçar o perfil das pessoas que se encontravam encarceradas. Para Ottoboni, 97% dos presos de São José dos Campos/SP “[...] eram fruto de famílias desestruturadas”, o que o levou a conferir a essa situação a principal causa da criminalidade sobre a qual devia agir o trabalho da APAC (OTTOBONI, 2001, p. 21-22).

Além dessa característica comum às pessoas presas, Ottoboni elencou outras com as quais se deparou ao longo de suas viagens realizadas pelo Brasil, nos mais variados estabelecimentos penitenciários, os quais ele visitava para apresentar o Método, sendo algumas delas: reincidência (86%); uso de drogas (80%); presos entre 18 e 20 anos (60%); origem católica (81%); analfabetos ou semialfabetizados (75%); casados (18%); amasiados (38%); solteiros (44%) (OTTOBONI, 2001, p. 22).

Em sua obra, Ottoboni afirma, no entanto, que o preso é um “doente”, acarretando dúvidas sobre quais são os fatores que ele entende como preponderantes para que uma pessoa cometa crimes – sua origem social ou transtornos psíquicos. Segundo Ottoboni, os presos são portadores de

“[...] um quadro de doenças psíquicas e orgânicas” (OTTOBONI, 2001, p. 10), e esses sintomas precisam ser enfrentados para o alcance de sucesso na “recuperação” das pessoas encarceradas, já que, para ele, “*não existem condenados irrecuperáveis* mas, tão-somente (sic), os que não receberam tratamento adequado [...]” (OTTOBONI, 2001, p. 48, grifo do autor).

Não por outra razão, Ottoboni sustenta a inadequação do termo “reeducando” para se referir à pessoa presa, propondo a substituição desse vocábulo por “recuperando”, uma vez que, em sua concepção, o preso é um “doente” (OTTOBONI, 2001, p. 65). Segundo o autor, “[...] a delinquência é um desvio da personalidade, sintoma de desequilíbrio, de doença emocional, no mesmo nível de manifestações histéricas, esquizofrênicas e maniaco-depressivas” (OTTOBONI, 2001, p. 68).

Ottoboni assinala que essa conclusão foi apreendida depois de “rigorosa pesquisa de campo”, mediante análise de mil presos que cumpriram pena no sistema penitenciário comum e que depois foram transferidos para uma unidade apaqueana (OTTOBONI, 2001, p. 65). Por conseguinte, ressalta que a designação mais apropriada para se referir à pessoa presa é “recuperando” e não “reeducando”, pois, com o tratamento que lhe é indispensável na prisão, “[...] recupera-se a saúde; recupera-se o toxicômano; recupera-se o alcoólatra; recupera-se a prostituta; recupera-se o homem no sentido lato: educando-o, valorizando-o, alfabetizando-o, profissionalizando-o, revelando-lhe Deus” (OTTOBONI, 2001, p. 101).

Diante dessa constatação de que a pessoa presa é um doente, Ottoboni se questiona: “[...] como pensar em solucionar o grave problema dos doentes nos presídios de grande população, se é exatamente aí que encontramos a fonte geradora dos casos enunciados?” A resposta fornecida por ele é a de que a solução somente pode ser alcançada mediante uma legislação que conclame os diversos segmentos da comunidade, para que se unam ao processo de preparação do preso para reintegração à sociedade, união que, segundo o autor, ocorre com o auxílio da APAC (OTTOBONI, 2001, p. 67).

Assim, para ele, a APAC tem uma tríplice finalidade:

“a) é órgão auxiliar da Justiça, [...] destinado a *preparar o preso* para voltar ao convívio social [...]; b) *protege a sociedade*, devolvendo ao seu convívio apenas homens em condições de respeitá-la [...]; c) é *órgão de proteção aos condenados*, [dando-lhes assistência]” (OTTOBONI, 2001, p. 30, grifos do autor).

Diante dessas considerações, é possível expor os elementos fundamentais que sustentam o Método APAC. Esses elementos serão apresentados a seguir de acordo com as relações intrínsecas que estabelecem entre si, e não propriamente em consonância com a ordem disposta na obra de Ottoboni.

O primeiro elemento consiste na “participação da comunidade”, sem o qual a APAC sequer consegue se constituir e realizar seus trabalhos. Por meio dele, tem-se como objetivo atrair os mais variados segmentos da sociedade civil para o interior do processo de execução da pena privativa de liberdade, de modo que a comunidade local assuma, simultaneamente às instituições encarregadas para tal, a responsabilidade quanto à população carcerária de sua Comarca, “[...] preparando o preso e fiscalizando o trabalho dos responsáveis pela segurança da administração dos estabelecimentos penais” (OTTOBONI, 2014, p. 41).

Tendo em vista a importância, nesse processo de “recuperação” do preso, do auxílio oriundo da própria sociedade do local em que ele reside e na qual o crime foi praticado, Ottoboni sustenta que é imprescindível a descentralização penitenciária, com manutenção do preso no local em que praticou o crime, próximo de seus familiares e amigos, o que pode evitar, como consequência, a formação de grandes penitenciárias, focos de agremiações de organizações criminosas e rebeliões (OTTOBONI, 2014, p. 66-68).

Naqueles casos em que o preso cometeu o crime distante de sua residência e/ou da residência de seus familiares, a recomendação de Ottoboni é que se transfira o recuperando para a Comarca de residência da família, possibilitando a conjugação desse

elemento – “participação da comunidade” – com outro elemento do Método APAC – a “família” (OTTOBONI, 2014, p. 88).

O segundo elemento do Método a ser analisado decorre diretamente do primeiro e diz respeito ao “voluntário e [a]o curso para sua formação”, trazendo o entendimento de que o voluntariado consiste num trabalho gratuito efetuado em prol da “recuperação” da pessoa presa. Essa é uma atividade que requer apoio dos mais variados segmentos da sociedade, tais como membros de igrejas, sejam eles pastores/sacerdotes ou não, advogados, médicos, psicólogos, psiquiatras, dentistas, assistentes sociais etc. (OTTOBONI, 2014, p. 91-96). Há, também, aqueles voluntários denominados “casais padrinhos”, que irão assistir o recuperando em suas necessidades legais imediatas, bem como à família dele (OTTOBONI, 1978b, p. 37; p. 181-186).

Diante dessa multiplicidade de agentes sociais que podem ser convidados para integrar os trabalhos apaqueanos, evidencia-se o terceiro elemento consistente na “assistência à saúde”. Importante ressaltar que uma das características fundamentais dos estabelecimentos penais brasileiros apontada por Sacha Darke e que evidencia um dos aspectos que conta a história das prisões e do que é viver atrás das grades no Brasil “[...] diz respeito às terríveis condições em que se encontram os presos, da enorme carência de funcionários e superlotação às instalações totalmente inadequadas e falta de assistência médica e jurídica” (DARKE, 2020, p. 21). Inclusive, o Supremo Tribunal Federal se referiu ao sistema carcerário brasileiro do mesmo modo, reputando-o, categoricamente, como “estado de coisas inconstitucional” (BRASIL, 2016, p. 3).

Para Ottoboni, é preciso, então, reverter esse quadro, foco causador das mais variadas doenças entre os presos, de forma que, para uma efetiva aplicação do Método, “[...] é preciso que haja preocupação de atrair à equipe médicos, enfermeiros, psicólogos, psiquiatras, dentistas etc., para que não falte assistência aos que estão privados da liberdade” (OTTOBONI, 2014, p. 85). Essa é a razão de ser da assistência à saúde.

Da mesma forma que a assistência à saúde, a APAC também demonstra preocupação com as questões jurídicas que dizem respeito aos recuperandos. Por isso, o quarto elemento fundamental do Método, o qual, aqui, mantém relação de completude com o anteriormente citado, corresponde à “assistência jurídica”, cuja razão de ser é o elevado percentual de pessoas carentes cumprindo pena privativa de liberdade, as quais, em regra, não têm condições de constituírem advogados particulares para lhes assistirem. Diante disso, Ottoboni aponta ser imprescindível que a APAC preste serviço de assistência jurídica aos recuperandos, desde que estes apresentem sinais claros do desejo de emenda, já que a entidade e o voluntário não podem ser vistos pela população como “protetor[es] de bandido” (OTTOBONI, 2014, p. 81-85).

O quinto elemento do sistema apaqueano consiste na “valorização humana”, ou seja, na necessidade de se investir em práticas psicopedagógicas que levem o recuperando a entender o valor que ele tem para si próprio e para Deus. É indispensável, nessa perspectiva, fazer com que o preso se sinta importante e valorizado (OTTOBONI, 2014, p. 86-87). Mas, da mesma forma que os idealizadores do Método sustentam a imprescindibilidade do apoio da comunidade para o processo de “recuperação” da pessoa presa, também entendem que

é imprescindível o auxílio da família e à família do recuperando nesse processo – sexto elemento (aqui analisado) a orientar o trabalho apaqueano. Por essa razão, o Método APAC estabelece ser indispensável trabalhar não só a recuperação do preso, mas também de sua família, tendo por objetivo especialmente o momento em que o recuperando conquistará a liberdade, pois, nesse instante – e mediante o trabalho efetuado via o Método –, o egresso encontrará um lar diferente daquele que deixou, em condições de recebê-lo.

Ora, foi feita a exposição, até esse ponto, da importância do auxílio da comunidade e da família no processo de recuperação da pessoa presa. É preciso sublinhar que os idealizadores do Método consideram igualmente imprescindível o auxílio mútuo entre os próprios presos nesse processo. Trata-se do sétimo elemento, denominado “ajuda do recuperando a outro recuperando”. Para Ottoboni, a pessoa que cometeu um crime o praticou, entre outras razões, porque desconhecia as regras da boa convivência ou porque não sabia respeitá-las, sendo necessário, de tal forma, uma mudança dessa visão/ação, processo que se inicia com a exigência de auxílio mútuo entre os recuperandos, a fim de se estabelecer a solidariedade entre eles – ou seja, instauração subjetiva do processo de boa convivência e de respeito uns para com os outros e para com as regras preestabelecidas. É por isso que, nesse elemento, enfatiza-se a necessidade de trabalhar a colaboração entre os presos, com o intuito básico de quebrar o “[...] código de honra das prisões, onde os presos mais fortes subjugam os presos mais fracos” (OTTOBONI, 2014, p. 70).

O oitavo elemento do Método, aqui analisado, refere-se ao “trabalho”, o qual, segundo Ottoboni, demanda a disposição de um “espaço de laborterapia”. Em cada APAC, o espaço em que se desenvolvem as atividades de trabalho deve ser pensada como “[...] setor curativo, de emenda do recuperando” (OTTOBONI, 2014, p. 73). O trabalho deve ter, no entanto, um propósito específico conforme o regime no qual se encontra o preso.

No regime fechado, por exemplo, não é recomendável um trabalho que gere produção em larga escala, mas, sim, uma atividade que permita ao preso refletir sobre a importância de ter um trabalho e que, a partir dele, ocorra um processo de aprendizagem concernente à reciclagem de seus valores. No regime semiaberto, por outro lado, o trabalho é considerado a etapa de maior importância, pois é o momento no qual o preso precisa pensar sobre a importância de ter uma profissão definida – caso não a tenha ainda –, constituindo-se como mão de obra especializada (OTTOBONI, 2014, p. 72-77). Quanto ao regime aberto, por se referir ao último estágio da execução da pena, o recuperando deve contar com emprego lícito, sem o qual, aliás, nem mesmo lhe é franqueado postular a progressão a esse regime. Isso porque, no regime aberto, o trabalho deve ser o meio de sustento do recuperando, capaz de prover suas necessidades e de sua família – o que, subentende-se, o manterá afastado da criminalidade. Por isso mesmo, é importante ressaltar que, de acordo com as regras estabelecidas, é (ou deveria ser) terminantemente vedado ao recuperando progredir para o regime aberto sem que se comprove a oferta de emprego lícito (OTTOBONI, 2014, p. 78; p. 136).

O nono elemento refere-se ao “Centro de Reintegração Social (CRS)”, que consiste no prédio da APAC, dividido em pavilhões capazes de possibilitar a distinção dos recuperandos segundo os regimes nos quais se encontram – fechado, semiaberto ou aberto –, para que, dessa forma, cumpram a pena privativa de liberdade como determina a Lei de

Execução Penal (LEP), ou seja, segundo o sistema progressivo da pena (OTTOBONI, 2014, p. 96-97; p. 184).

Para Ottoboni, “não há dúvida de que o sistema de execução progressiva das penas privativas de liberdade foi uma das mais importantes conquistas [...]” tanto para o direito penal quanto para a “recuperação” da pessoa presa, “[...] em razão do estímulo que representa para o condenado manter-se disciplinado e voltado para a própria emenda” (OTTOBONI, 2014, p. 50-51). Por isso, a compartimentação do espaço físico da APAC em pavilhões se mostra fundamental para viabilizar a concretização do próprio elemento “trabalho” – como visto anteriormente –, pois possibilitará a distribuição dos recuperandos de acordo com estágios muito bem-definidos da execução da pena privativa de liberdade em que estes se encontram e, com isso, sua alocação para realização de tarefas que são próprias de cada estágio, o que é rigidamente estabelecido via o sistema apaqueano.

A progressão de um estágio a outro do Método se dá mediante o “mérito” do recuperando, sendo este o décimo elemento, indissociável do anterior – “Centro de Reintegração Social (CRS)”. Tendo em vista a divisão dos recuperandos de acordo com os regimes (de progressão) e sua alocação em pavilhões do Centro de Reintegração Social deve ser muito bem fiscalizada no que diz respeito à adesão do recuperando às regras estabelecidas pela APAC, o que corresponderá ao mérito do recuperando para receber qualquer benefício. Esse elemento é sempre ressaltado pelos idealizadores do Método, já que, segundo Ottoboni e Valdeci Antônio Ferreira, “o recuperando precisa tomar consciência de que o mérito será sempre o termômetro a indicar o melhor momento de sua progressão” (OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 203).

Dessa forma, apesar de o sistema apaqueano observar o lapso temporal objetivo de cumprimento da pena para a progressão de regime, é enfatizado que “o mérito deve sempre sobrepor-se ao aspecto objetivo da pena, exatamente porque é nele que reside a segurança do condenado e da sociedade”, reitera Ottoboni (2014, p. 51).

São intensas as críticas dos idealizadores do Método APAC, nesse sentido, quanto à concessão direta do regime aberto ou semiaberto aos condenados à pena privativa de liberdade já na sentença condenatória do processo de conhecimento. Também se posicionam contrários à realização de mutirões carcerários e concessão de benefícios às pessoas presas sem observância do mérito, como se pode averiguar da seguinte passagem:

“O surgimento inopinado de Casas de Albergado, em todo o país, a pretexto de aliviar a superlotação dos presídios, e a concessão do benefício pura e simplesmente em face do texto legal constituem para nós um fator nocivo à sociedade, pois esta se verá exposta novamente à ação desses criminosos, agora estimulados pela ausência de uma coação física e psicológica. O Método APAC abomina, portanto, essa forma de concessão a pessoas que tenham cometido qualquer tipo de ilícito penal, pois em vez de a pena ter um sentido punitivo, socializador, recuperativo e de intimidação, passa, no caso, a ser fator estimulante à prática de novos crimes.” (OTTOBONI, 2014, p. 135.)

Ottoboni ressalta, no entanto, que o mérito não requer que o recuperando seja, simplesmente, “obediente”: a ideia é que este execute todos os seus deveres e obrigações, “[...]”

prestando serviços, em toda a proposta socializadora, como representante de cela, como membro do CSS, na faxina, na secretaria, no relacionamento com os companheiros, com os visitantes e com os voluntários” (OTTOBONI, 2014, p. 98). O recuperando, nessa perspectiva, deve exercer uma postura não só passiva, mas também ativa, na aplicação e no desenvolvimento do Método apaqueano, postura esta que funcionará, conforme entendimento dos idealizadores do Método, como fator de recuperação da pessoa condenada.

Por fim, os idealizadores do Método afirmam que não basta que se realize um auxílio material ao recuperando. É imprescindível trabalhar também o aspecto espiritual, fator que encaminha a análise aqui empreendida ao décimo primeiro e décimo segundo elementos fundamentais do Método: a “religião” e a “*Jornada de Libertação com Cristo*”, respectivamente.

O décimo primeiro elemento trata da temática da “religião” e, como argumentado ao longo de todos os livros de Ottoboni, este é um fator primordial, de forma que “a APAC sempre procura incutir no preso a necessidade de o homem ter uma religião, crer em Deus, amar e ser amado, respeitando a crença religiosa de cada um” (OTTOBONI, 2001, p. 62). Mas, para Ottoboni, não basta que o recuperando tenha uma religião, é preciso fazer com que ele tenha uma experiência com Deus (OTTOBONI, 2014, p. 79-81) e, para tanto, é obrigatório que eles (os recuperandos) participem da missa ou do culto evangélico mensal realizado na APAC, que tenham aula de religião uma vez por semana, meditação diária sobre o terço, para os católicos, e estudos bíblicos para os evangélicos, e que participem da *Jornada de Libertação com Cristo* ao menos uma vez durante o cumprimento da pena (OTTOBONI, 2014, p. 109-112). Sublinhe-se que, para Ottoboni, “o entusiasmo com que os recuperandos se entregam à oração é elemento importante para ser analisado e considerado no processo de recuperação”, e os voluntários devem estar atentos quanto à fiscalização da aceitação presumida do Método pelo preso (OTTOBONI, 2014, p. 113).

O último elemento consiste na *Jornada de Libertação com Cristo* e, segundo Ottoboni, “[...] é o ponto alto da metodologia” (OTTOBONI, 2014, p. 99). Trata-se de elemento diretamente relacionado ao anterior, pois diz respeito à “religião”.

Como observado ao longo de todos os livros de Ottoboni, a religião é fator primordial do Método, sendo indispensável que o recuperando tenha uma experiência com Deus, para fazê-lo repensar o verdadeiro sentido de sua vida, comportamento que se inicia na revelação a ele de Jesus Cristo (OTTOBONI, 2014, p. 100). O momento em que mais se intensifica essa atividade de aproximação do recuperando com Deus é justamente na *Jornada de Libertação com Cristo*, anteriormente nominada como *Jornada Carcerária de Evangelização* (OTTOBONI, 1978b, p. 121).

Esse elemento ostenta tamanha importância na metodologia apaqueana que Ottoboni escreveu, juntamente com Valdeci Antônio Ferreira, um livro exclusivo para abordá-lo. O livro recebe o título *Parceiros da ressurreição*, no qual procuraram aperfeiçoar, sistematizar, uniformizar e padronizar a realização da *Jornada de Libertação com Cristo*, cujo cronograma deve ser seguido por APAC implantada, ao realizar o encontro.

Informam os autores que a *Jornada de Libertação com Cristo* foi aperfeiçoada durante 15 anos de prática, conjuntamente com psicólogos, psicoterapeutas, teólogos, jornalistas

(recuperandos) e voluntários, de forma que nada decorre do imprevisto, mas, sim, de “[...] um encontro devidamente refletido e planejado para presos” (OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 31).

Ao longo da execução da pena, o recuperando tem que participar da *Jornada de Libertação com Cristo* ao menos uma vez, preferencialmente quando estiver no regime fechado (primeiro estágio). Nesse momento, essa atividade tem como propósito provocar no recuperando uma nova filosofia de vida, revelando-lhe Deus, ajudando-o a ver a condição de prisioneiro e o mal causado por ele, por sua atitude, à sociedade e à família. A *Jornada de Libertação com Cristo* conta com dois propósitos muito claros para os idealizadores do Método: o primeiro deles é fazer com que o preso tenha uma experiência com Deus; o segundo consiste em fazer com que o preso veja a sua realidade de prisioneiro e aceite, com resignação, o sofrimento que tem passado (OTTOBONI; FERREIRA, 2004, p. 13-59).

Analisados todos os elementos do Método APAC, é preciso ressaltar ainda que Ottoboni é enfático em afirmar que nenhum deles deve ser negligenciado, sob pena de não se alcançar sucesso na recuperação do preso, o que pode ocasionar a impressão equivocada, segundo afirma, de que a falha é do Método, quando, na realidade, é dos aplicadores (OTTOBONI, 2014, p. 65).

Segundo Ottoboni, não cabe aos dirigentes da APAC escolherem os elementos que reputam ser mais adequados ou de mais fácil assimilação em detrimento de outros que requeiram maior esforço, pois o prejuízo pode ser enorme, não só para a instituição, que pode vir a perder seu prestígio, mas principalmente para o recuperando que vê frustrado o trabalho de sua recuperação (OTTOBONI, 2014, p. 102-104).

3. A CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO NO SISTEMA APAC

Apresentadas as características gerais do Método APAC, com proposição de dados concernentes à sua criação e desenvolvimento, de alguns dados relativos aos seus idealizadores e aos elementos fundamentais que o sustentam, é possível identificar o sujeito que, em regra, se pretende constituir no interior de uma instituição apaqueana.

Ao se efetuar análise dos discursos existentes nas obras de Ottoboni sobre o Método APAC, pode-se perceber que o discurso que mais se destaca entre os operadores do direito e que ganha maior adesão é aquele em que a APAC se apresenta como uma prisão reformada, que se preocupa com a “valorização humana”, ou seja, uma forma de execução da pena privativa de liberdade que “[...] propugna acirradamente por matar o criminoso e salvar o homem” (OTTOBONI, 2014, p. 49). A valorização humana é, inclusive, um dos elementos fundamentais do Método e tem como objetivo, afirma Ottoboni, fazer com que o preso se sinta valorizado e se reconheça como pessoa; o propósito é matar o criminoso que existe no indivíduo, afastando-o de atividades criminosas e, ao mesmo tempo, salvar o homem de direito que ainda existe nesse próprio indivíduo, para que ele possa “[...] conviver harmoniosa e pacificamente com a sociedade” (OTTOBONI, 2014, p. 34).

Como explanado, no sistema APAC, nesse trabalho de recuperação da pessoa presa, há o engajamento de múltiplos agentes, provenientes dos mais variados segmentos sociais,

como advogados, médicos, dentistas, psicólogos, assistentes sociais, “casais padrinhos” etc., todos preocupados em prestar auxílio voluntário à pessoa que esteja cumprindo pena privativa de liberdade. Esse é um passo importante para demonstrar que é possível desenvolver, no âmbito criminal, políticas públicas de transformação social e institucional capazes de se caracterizarem com aquilo que Alessandro Baratta denomina de política criminal (BARATTA, 2002, p. 201).

Aliás, a possibilidade de a sociedade se engajar no processo de execução da pena privativa de liberdade é um importante instrumento apontado por Alessandro Baratta, um dos pais fundadores da criminologia crítica, justamente para se alcançar níveis cada vez mais elevados de despenalização e de reinserção do indivíduo na sociedade, sem o amálgama da estigmatização, que tanto marca aqueles que passam pelo sistema penitenciário, como ressaltado por Nilo Batista, ao afirmar que “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas [das] características centrais de sistemas penais como o brasileiro” (BATISTA, 2001, p. 26). Eugenio Zaffaroni *et al.*, nessa perspectiva, afirmam que “hoje, através das *ciências sociais*, está comprovado que a criminalização secundária deteriora o criminalizado e mais ainda o prisonizado” (ZAFFARONI *et. al.*, 2003, p. 125, grifos do autor).

Não por outra razão, Baratta ressalta a importância de a própria comunidade se envolver com a execução penal, a fim de reduzir esses efeitos dos sistemas penais, como se pode ver da seguinte passagem:

“Mas especialmente importante é a abertura do cárcere para a sociedade, também mediante a colaboração das entidades locais e, mais ainda, mediante a cooperação dos presos e das suas associações com as organizações do movimento operário, com a finalidade de limitar as consequências que a instituição carcerária tem sobre a divisão artificial da classe, de reinserir o condenado na classe e, através do antagonismo de classe, na sociedade.” (BARATTA, 2002, p. 203.)

No Brasil, se destacam os trabalhos de Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 119-120) e Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 373), os quais também ressaltam acerca da importância da abertura dos muros do cárcere para que a família e a própria comunidade possam se envolver com o processo de execução da pena privativa de liberdade e, com isso, auxiliarem a pessoa presa a se reintegrar à sociedade, a fim de romper, por exemplo, com o estigma que acompanha o egresso do sistema penitenciário posteriormente ao cumprimento da pena.

No sistema penitenciário comum, a execução da pena privativa de liberdade é realizada de maneira que a sociedade se mantém distante das unidades prisionais, cujo acesso a elas é bastante difícil, até mesmo para pesquisadores, como afirmado por Gustavo Massola (2001, p. 269) e por Camila Dias (2013, p. 45-47), que chega a denominar as prisões como “instituições fechadas”. Por grande parte da sociedade, não é nem mesmo desejado a aproximação com estabelecimentos penais, menos ainda com as pessoas que lá se encontram presas.

Sacha Darke e Maria Lúcia Karam dão especial atenção aos elementos consistentes no auxílio mútuo entre os presos e na relação destes com a comunidade proporcionados pelo sistema APAC e afirmam que, “naturalmente, tal como a educação, o trabalho e a religião,

a natureza de autogoverno das prisões APAC tem implicações fundamentais para a qualidade de vida dos internos e provavelmente também para a desistência do crime” (DARKE; KARAM, 2014, p. 3).

Entre outros, pode-se dizer que esses são os principais motivos que levaram os idealizadores do Método APAC a afirmarem que a APAC é uma prisão reformada, sendo paradigmática uma das últimas obras publicadas a seu respeito, que contou com a participação de Ottoboni, cujo título é: *APAC: a humanização do sistema prisional* (SANTOS; FERREIRA; SABATIELLO, 2018). Como se pode verificar da/na introdução deste artigo, esse posicionamento é compartilhado por outros pesquisadores da área do Direito.

Ocorre que, ao se realizar uma análise genealógica das obras de Ottoboni, sob a perspectiva de Foucault, pode-se perceber relações de poder muito mais profundas no Método APAC, discursos de “verdade” reputados inquestionáveis que facilitam o exercício de uma microfísica do poder por meio de regras jurídicas esteadas em mecanismos de normalização intensos.

Note-se: o primeiro discurso que é preciso fazer emergir, ao se efetuar análise das obras de Ottoboni, que chega até mesmo a se caracterizar (esse discurso) como uma de suas *funções manifestas*, mas que não é problematizado, especialmente por pesquisadores da área do direito e pelos aplicadores do Método, é que não há uma problematização quanto à pena de prisão, muito pelo contrário, ela é até mesmo incentivada e apontada como solução para o problema criminal e penitenciário brasileiro. Ottoboni e Marques Neto afirmam, categoricamente, que o único meio de romper com o círculo vicioso da reincidência que envolve aqueles que se encontram sob as malhas do direito penal e para superar o sentimento de insegurança contra o crime é com a reforma da prisão, sem abolí-la. Afirmam, de tal forma, que pensar diferente é consequência de um julgador ou legislador afastados do contato com a realidade (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 73; p. 77). Pode-se observar que, nesse momento, o Método APAC se distancia, de forma substancial, da criminologia crítica.

A própria posição de Silvio Marques Neto, quando do início do projeto apaqueano, aponta nessa direção, quando disse que “é de se lamentar que nem todos os juízes e membros de nossos tribunais, (sic) vejam na pena a ser cumprida pelo réu uma função social e um meio de recuperação moral” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 81) – o que já foi mencionado. Justamente por considerar a pena de prisão um “bem”, um instrumento de “recuperação moral” da pessoa presa, é que Silvio Marques Neto enunciou “[...] que ficou até menos doloroso [...] o proferir uma sentença condenatória [...] diante da certeza de que o condenado vai se beneficiar dum ambiente, (sic) onde a recuperação é mais uma certeza do que uma esperança apenas” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 73). Trata-se de uma afirmação que, se já era no mínimo perigosa para aquela época, atualmente causa perplexidade, diante do número de encarcerados no Brasil, que conta, hodiernamente, com a terceira maior população carcerária do mundo (BRASIL, 2019, p. 9). Nesse sentido, caberia indagar: será que a mera construção/organização de APACs facilitaria a proliferação de sentenças condenatórias, porque a pena se trataria de um “bem” para a pessoa presa?

Esse discurso – de ser a pena, a prisão vista como um “bem” (necessário) voltado à recuperação do preso – ganha ainda mais destaque quando se analisam os motivos explicitados

por Ottoboni para justificar a utilização do termo “recuperando” ao se referir às pessoas que cumprem pena no sistema apaqueano. Para esse autor, o termo “reeducando” é inadequado, por isso de sua substituição pelo vocábulo “recuperando”, dado que, segundo entende, é o preso uma pessoa “doente” – que necessita ser recuperada (OTTOBONI, 2001, p. 65), justamente por apresentar, por vezes, características de “delinquência”, tais como: “[...] desvio da personalidade, sintoma de desequilíbrio, de doença emocional [...]”, o que tem relação com “[...] manifestações histéricas, esquizofrênicas e maníaco-depressivas” (OTTOBONI, 2001, p. 68).

Aqui não deixa de ser paradigmática a filiação teórica de Ottoboni à matriz (teórica) da criminologia positivista, que se caracteriza justamente por apontar características biológicas, psicológicas e sociológicas dos indivíduos como fatores de determinação para o crime. Os maiores expoentes da Escola positiva são Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934), e Ottoboni é explícito ao se referir à Escola positiva e a Enrico Ferri como modelos de inspiração para seu trabalho, já que, conforme sua indicação, “a finalidade da pena, que antes era meramente punitiva, cedeu lugar ao trabalho de recuperação de condenados, e essa metamorfose originou-se da escola positivista, defensora da transformação do conceito da pena castigo, (sic) para recuperação [...]” (OTTOBONI, 2014, p. 44), ou seja, de forma evidente, o autor explana sobre a “escola positivista”, esta que, no seu entender, em seu âmbito, traz indicações de cunho transformador justamente pelo trabalho voltado à conjunção da ideia de punição e recuperação de condenados.

Ottoboni desconsidera, no entanto, ao procurar as causas da criminalidade dentro dos presídios e nas condições biopsicológicas dos presos, lições clássicas de vários juristas e sociólogos, os quais apontam que o crime é um fato natural de toda sociedade e que pode ser considerado até mesmo – apesar de não desejado – útil em vários aspectos, como afirmou o sociólogo francês Émile Durkheim, há mais de 100 anos, para quem o crime não se trata de um desvio de personalidade ou fenômeno patológico que acomete o indivíduo, pelo contrário, segundo esse sociólogo, antropólogo, cientista político e filósofo francês, ao se referir ao crime, explicita que “não há portanto (sic) fenômeno que apresente da maneira mais irrecusável todos os sintomas da normalidade, já que ele se mostra intimamente ligado às condições de toda vida coletiva” (DURKHEIM, 2007, p. 67).

Ao se referir ao indivíduo que praticou um ato apontado como crime, Émile Durkheim é ainda mais esclarecedor, cujas lições são capazes de infirmar categoricamente as lições de Ottoboni. Para o sociólogo francês, “contrariamente às idéias (sic) correntes, o criminoso não aparece como um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; ele é um agente regular da vida social” (DURKHEIM, 2007, p. 73).

Esse não é, contudo, o único fator que o Método APAC desconsidera ao procurar as causas da criminalidade dentro dos presídios (quando pretere lições clássicas de vários juristas e sociólogos acerca de ser o crime um fato natural presente em toda a sociedade, um fato ligado à vida coletiva). Ao assim proceder, ele é incapaz de perceber os processos de criminalização inerentes ao sistema penal, tanto no âmbito da criminalização primária – operada no

contexto do poder legislativo, ao eleger determinados bens jurídicos que devem ser tutelados pela lei penal, e outros não – quanto no âmbito da criminalização secundária – momento em que as agências judiciais promovem uma seletividade daqueles agentes que serão criminalizados. Essa seletividade do sistema penal foi demonstrada por inúmeros autores, entre os quais podem-se citar: Alessandro Baratta (2002, p. 159-182), Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p. 102-112; p. 134-141; p. 221-231; p. 305-312) e Zaffaroni *et al.* (2003, p. 43-59).

Inerente aos processos de criminalização – e de seletividade como uma de suas consequências –, é importante referir-se, nesse momento, ao fenômeno da *cifra oculta*, ou seja, a quantidade de crimes realizados no dia a dia é infinitamente superior àquela que chega ao conhecimento das agências oficiais, ou que essas agências criminalizam, de forma que, mais uma vez, é absolutamente contraproducente buscar as causas do crime entre as pessoas presas, como realizado por Ottoboni, e, a partir daí, atribuir os fins que a pena criminal deve ter.

A esse respeito, são paradigmáticas as lições de Edwin Hardin Sutherland – sociólogo estadunidense –, que desenvolveu críticas aprofundadas sobre aquelas visões, como a de Ottoboni, que atribuem características psicopatológicas ou sociopatológicas aos agentes que respondem por um ato ilícito. Isso porque esses analistas ligados à Escola positiva desprezam – além dos fatores como o da *cifra oculta* da criminalidade, dado que a criminalidade real é muito maior do que a que é oficialmente registrada – também os *crimes de colarinho branco*, os ditos crimes corporativos, referindo-se estes a crimes de cunho “não violento”, financeiramente motivados, cometidos por profissionais do governo e do mundo dos negócios –, ou seja, crimes praticados por uma gama variada de agentes, de condições sociais variadas e até mesmo elevadas, como demonstrado por Sutherland, mas que não são conduzidos, em regra, para o interior das prisões (SUTHERLAND, 2015). Zaffaroni *et al.* afirmam, inclusive, que, “em razão da escassíssima capacidade operacional das agências executivas, a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária, a exceção, motivo por que os empresários morais sempre dispõem de material para seus empreendimentos” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 45, grifos do autor).

Importante enfatizar que, numa perspectiva foucaultiana, esse fenômeno da criminalidade e seletividade do sistema penal é denominado como “gestão diferencial dos ilegalismo” (FOUCAULT, 2002, p. 70-75; 226-242). Aliás, as reflexões que explicam/elucidam com muita nitidez o Método APAC são justamente aquelas desenvolvidas por Foucault, quando ele analisou a emergência da pena de prisão como forma de punição dominante no Ocidente, justamente como forma de gerir os “ilegalismos” presentes à época (FOUCAULT, 2002, p. 173).

Foucault, em seu clássico livro *Vigiar e Punir*, fez uma condensação de suas reflexões, sistematizando a constituição da sociedade disciplinar e a história do processo penal e suas transformações, a partir do final do século XVIII e início do século XIX, especialmente na França. O discurso voltado à questão de acesso à humanidade na forma de punir foi exatamente o que mais se destacou entre os reformadores do sistema penitenciário da Europa naquele período, a exemplo de Cesare Beccaria, Jeremy Bentham, Jacques Pierre Brissot e Louis Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (FOUCAULT, 2002, p. 87-94).

O argumento explícito era o de acesso à humanidade, mas, por detrás desse discurso, em seu interior, o propósito era o de estabelecer uma melhor economia do exercício do poder, estipular uma sujeição e uma normalização de cada indivíduo via uma condução diferencial dos ilegalismos, ou seja, separar aqueles ilegalismos que poderiam ser tolerados daqueles que não o podiam ser, isto é, desde a perspectiva foucaultiana, essa mudança no direito penal não advém propriamente de uma sensibilidade civilizada, mas é antes resultado da emergência de novas relações intrínsecas de saber-poder (FOUCAULT, 2002, p. 70-75; 226-242).

Além do discurso de acesso à humanidade, outro discurso apontado por Foucault, que sustentou a emergência da pena de prisão naquele mesmo período, refere-se àquele em que o interesse da justiça não se restringia mais em apurar apenas o fato criminoso e multiplicaram-se os interesses em torno do réu, pela procura de um saber que pudesse indicar o porquê do delito praticado por este, além de tentar entender também o porquê da propensão de o indivíduo manter-se nesse caminho (FOUCAULT, 2002, p. 63-86).

Houve um aumento do interesse pela descoberta da vida do imputado não só pelo seu passado, mas também por causa da ameaça que ele representava para o futuro. Tornou-se indispensável, então, descobrir o que o crime poderia dizer a respeito da personalidade, da periculosidade do infrator, para que ele – o infrator – pudesse ser controlado, tratado e, somente em último caso, “eliminado”. Sobre isso, ao traçar as linhas de objetivação do indivíduo preso, indicou Foucault:

“De um lado, o criminoso designado como inimigo de todos, que têm (sic) interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza; aparece como o celerado, o monstro, o louco talvez, o doente e logo o *anormal*. É a esse título que ele se encontrará um dia sob uma objetivação científica, e o *tratamento* que lhe é correlato.” (FOUCAULT, 2002, p. 85, grifos do autor).

Veja que os idealizadores do Método APAC o apresentam exatamente como uma forma de acesso à humanidade da pena de prisão e que ela, a pena, não terá nenhum sentido se “[...] o condenado não for submetido a um rigoroso tratamento socializador para que vença as causas geradoras do comportamento criminoso” (OTTOBONI, 2001, p. 48).

O preso, em ambos os momentos, seja na emergência da pena de prisão, seja na APAC, é visto como “anormal”, como “doente”, e esse processo somente contribui – a história o diz – para a consolidação da pena de prisão, não para sua gradativa superação. Ora, como muito bem demonstrado por Foucault, e cujas reflexões podem ser utilizadas para entender o Método APAC, ao se atribuir função de tratamento à pena,

“[...] o que se procura reconstruir nessa técnica de correção não é tanto o sujeito de direito, que se encontra preso nos interesses fundamentais do pacto social: é o sujeito obediente, o indivíduo sujeito a hábitos, regras, ordens, uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele, e que ele deve deixar funcionar automaticamente nele.” (FOUCAULT, 2002, p. 106.)

É exatamente esse o princípio diretor do Método APAC, para o qual é dever dos recuperandos “ser[em] obedientes, disciplinados e corteses” (OTTOBONI, 2014, p. 231), e, para

aqueles indivíduos que não se adaptarem ao Método, ou não quiserem se sujeitar à sua metodologia, basta cumprirem suas penas no sistema penitenciário comum, sujeito a todas as suas agruras, como enfatizado por Ottoboni (2001, p. 147).

Nesse sentido, a APAC se caracteriza essencialmente como uma instituição disciplinar, tal como apontado por Foucault ao analisar a emergência da pena de prisão como forma punitiva, onde predominam funções positivas da pena, insignificantes em um primeiro olhar, porém, mais importantes e fundamentais. A ideia é que o ponto de influência do poder sobre o corpo do indivíduo dá-se via dois caminhos: pelo aperfeiçoamento das potencialidades subjetivas e pelo adestramento. A função dessas instituições não se volta à expulsão dos indivíduos condenados da vida social, mas à sua condução a uma forma de regulamentação, de controle das ações, o que, acredita-se, pode levar ao máximo aproveitamento das potencialidades de cada sujeito. Advém, nesse sentido, uma abordagem econômica e política, pois, com o aperfeiçoamento das capacidades, há um aumento útil do trabalho individual e uma minimização da capacidade de resistência. Nesse sentido, “a disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)” (FOUCAULT, 2002, p. 119).

Esse aumento das potencialidades produtivas dos recuperandos pode ser visualizado, por exemplo, ao se efetuar análise do elemento “trabalho” no interior de uma instituição apaqueana. Segundo Ottoboni, o trabalho tem funções específicas de acordo com o estágio em que se encontra o preso, mas, em todos eles (nos estágios), funciona como “[...] setor curativo, de emenda do recuperando” (OTTOBONI, 2014, p. 73).

Veja como Ottoboni reproduz, no Método APAC, o mesmo argumento amplamente sustentado na Europa, no final do século XVIII e início do século XIX, quando a pena de prisão foi amplamente difundida: o argumento de que o preso é um ser sobre o qual se precisa agir, um “anormal”, um “doente” que precisa de tratamento, tratamento este provindo por meio da pena de prisão, sem o qual não está apto a conviver na sociedade. Da mesma forma que na Europa (àquela época), aqui também, no Brasil (contemporaneamente), cada cidadão que se encontra no interior de uma APAC é visto como um indivíduo que, mais do que punir, é preciso vigiá-lo e normalizá-lo.

Dessa forma, torna-se possível visualizar as relações de sujeição que são impostas sobre aqueles que se encontram numa instituição disciplinar, como a APAC, e como se formam, nesses espaços, por vezes, indivíduos assujeitados, “[...] e, enquanto tal, impossibilitado[s] de ser[em] sujeito[s] autônomo[s]” (FONSECA, 2012, p. 176).

Nesse ponto, são necessárias mais algumas considerações sobre essa relação de sujeição. Ora, para garantir o sucesso das instituições disciplinares, Foucault afirmou que foi preciso desenvolver uma série de instrumentos para aumentar sua eficácia e diminuir os custos do processo de normalização do indivíduo, os quais foram denominados pelo pensador francês como “recursos para o bom adestramento” – são eles: o “olhar hierárquico”, a “sanção normalizadora” e o “exame” (FOUCAULT, 2002, p. 143).

Por “olhar hierárquico” – ou “vigilância hierárquica” –, deve-se entender o mecanismo de observação constante, em que cada indivíduo deve estar sujeito a uma fiscalização ininterrupta, efetiva ou potencial, mas real para seu destinatário. É preciso que o indivíduo sinta

que a todo momento é observado, em cada gesto, em cada ação, em cada omissão (FOUCAULT, 2002, p. 143-148). Na APAC, esse recurso, paradoxalmente, é exercido principalmente pelos próprios presos, pois, como demonstrado no item 2 deste artigo – que trata das características gerais e dos elementos fundamentais do Método APAC –, o comportamento do reeducando é fiscalizado pelo corpo administrativo da instituição e pelos casais/padrinhos, mas, principalmente, pelo Conselho de Sinceridade e Solidariedade (C.S.S.), um grupo composto pelos próprios presos que tem uma incumbência singular: zelar pela ordem e disciplina no interior da APAC (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 143). O preso não pode e não consegue, de tal forma, escapar da vigilância hierárquica, já que cada preso é um vigia em relação ao outro.

A esse jogo de olhar e observação, se agrega a “sanção normalizadora” como segundo recurso para o bom adestramento, pois não basta somente vigiar ou identificar o normal ou anormal, é preciso agir sobre eles com pequenas sanções, caso o comportamento observado/vigiado não seja o esperado, mas, principalmente, mediante a oferta de recompensas para aqueles que se inserem no enquadramento delimitado (FOUCAULT, 2002, p. 148-154).

É exatamente o que ocorre na APAC, como se pode constatar da seguinte passagem do livro *Cristo chorou no cárcere*:

“O Conselho de Solidariedade e Sinceridade, integrado por coordenadores de grupos, se reúne, ordinariamente, uma vez por semana, sob a presidência de um preso, para examinar o procedimento de todos os elementos integrantes do IIº estágio. Decidem-se nessas reuniões, ‘ad-referendum’ da Presidência da APAC, as punições, o rebaixamento de estágio e tudo o mais que vise a preservar a disciplina e a ordem.” (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 96, grifo do autor.)

Veja que o objetivo desse recurso não é propriamente funcionar como instância de julgamento de um crime praticado no interior de uma instituição disciplinar; quando Foucault alude à expressão “infrapenalidade”, está se referindo às pequenas faltas, às desatenções, aos descuidos, à falta de esmero no cumprimento das atividades atribuídas ao indivíduo, à interrupção injustificada das tarefas. Advém, dessa forma, a ideia de micropenalidades, em que o castigo é leve, porém, com efeitos intensos, mais morais que físicos.

É exatamente o que ocorre com a ação do C.S.S., pois tem este Conselho a função de examinar o procedimento de todos os recuperandos, não só (su)as faltas, mas também os bons comportamentos, conferindo recompensas ou realizando pequenas punições (OTTOBONI; MARQUES NETO, 1978, p. 143). Darke e Karam afirmam, inclusive, que essa tarefa do C.S.S. é uma das mais controvertidas exercidas pelo grupo, pois são responsáveis por “premiar condutas positivas” e “punir condutas negativas”. Ressaltam também que, “em Franz de Castro [APAC de Itaúna], é entregue um troféu à cela mais organizada e um porco de brinquedo à menos organizada” (DARKE; KARAM, 2014, p. 11).

Esse é um paradoxo notório no sistema apaqueano, uma vez que estabelece como elemento fundamental para constituição do Método APAC o auxílio mútuo entre os presos – “recuperando ajudando o recuperando”, mas, ao mesmo tempo, cria-se o C.S.S. que é composto por presos que são responsáveis por fiscalizar a disciplina dos próprios presos.

No final, quer queira, quer não, de algum modo, haverá sujeição e/ou subjugação – pela questão de diferença de “relações de poder” entre eles. Verifica-se, nesse sentido, aqui, a criação de outras relações de poder: dos presos para com os presos; dos presos membros do CSS para com os dirigentes da APAC etc.

Ottoboni, ainda no que concerne à vigilância trabalhada conjuntamente com a sanção, recomenda que a APAC mantenha um quadro de avaliação do recuperando, que deve ser atualizado todo mês. Neste, consta “[...] o nome de todos os recuperandos separados por cela, com uma escala de pontuação diária, [...] conforme o regulamento disciplinar da APAC”, e, a partir dessa escala, apura-se, a cada mês, a classificação de cada recuperando, ou seja, avalia-se periodicamente o comportamento de todos. Dependendo da conduta é que se decide se haverá sanção ou premiação (OTTOBONI, 2014, p. 62).

Por fim, o “exame” é o recurso pelo qual as disciplinas, por meio do “olhar hierárquico”, registram o comportamento de todos aqueles que lhe estão sujeitos, permitindo o imbricamento constante entre relações de saber e poder. Com esse recurso, se documentam as faltas e os acertos, e, nesse processo de acumulação do saber, recompensas são conferidas ou sanções são aplicadas. O “exame” refere-se a uma combinação do “olhar hierárquico” com a “sanção normalizadora”, correspondente a uma forma de controle normalizante, um tipo de vigilância que possibilita classificar, qualificar, punir. Por meio desse elemento é que se verifica a “objetivação do sujeito”, justamente por se saber quais são suas aptidões, suas propensões, por ser este elemento – o “exame” – um dispositivo de comparação entre os sujeitos, o que permite identificá-los e hierarquizá-los. O indivíduo, na medida em que é objeto de uma constituição minuciosa de registro, se afigura como um campo de saber, sobre o qual se pode exercer uma série de discursos com *status* de “verdadeiro”, com *status* de “científico” (FOUCAULT, 2002, p. 154-161).

A junção desses três elementos explicita o poder disciplinar, pelo uso de uma forma de influência direta sem imposição da força física – há um processo de moldagem e conversão dos sujeitos ditos condenados a sujeitos úteis e dóceis, visto que estes não sabem, de certa forma, que estão sendo controlados/vigiados/moldados.

E como a principal característica do poder disciplinar é a de se exercer de maneira imperceptível, com baixo custo, porém, em busca de grandes resultados, se tornou necessário desenvolver um projeto arquitetural no qual se pudesse viabilizar a vigilância do maior número de pessoas via utilização do menor número de recursos humanos. Surgiu, então, o “Panóptico”, projeto que, de acordo com Foucault, é o exemplo máximo do poder disciplinar na medida em que seu plano implica o exercício conjunto das mais variadas técnicas disciplinares – vigilância, normalização, exame: os “recursos para o bom adestramento” (FOUCAULT, 2002, p. 143).

O projeto Panóptico é esquadrinhado por Foucault no livro *Vigiar e Punir* e pode ser facilmente visualizado mentalmente com a seguinte descrição feita pelo autor: “[...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre [...] com] largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas”, estas que se localizam em toda a dimensão da construção e têm duas janelas, “[...] uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a

cela de lado a lado”, ao que, explicita o autor, “basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar”, e complementa, “em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas” (FOUCAULT, 2002, p. 165-166).

O que interessa, todavia, mesmo sobre o panóptico, não é tanto sua figura arquitetural, mas, sim, sua característica fundamental, pois, segundo Foucault, o panóptico “[...] é na realidade uma figura de tecnologia política que se pode e se deve destacar de qualquer uso específico” (FOUCAULT, 2002, p. 170). Pode-se ver pela característica do vigia. Nessa máquina, quem poderá desempenhar essa função? Qualquer um. O exercício desse poder se realiza de forma tão discreta que não é preciso nem mesmo uma qualificação especial para seu autor. Trata-se de uma economia na distribuição do poder pelo saber, “sem necessitar de armas, violências físicas, coações materiais. Apenas um olhar” (FOUCAULT, 2004, p. 218).

A APAC comprovou exatamente isso, pois essa Associação acaba por funcionar como uma tecnologia panóptica. Nessa perspectiva, foi ressaltado/explanado que incumbe aos voluntários da APAC examinar, a todo momento, a aceitação presumida do Método pelo preso. Mas a Associação intensificou ainda mais essa tecnologia de saber-poder, pois atribuiu a um grupo composto pelos próprios presos o dever de zelar pela ordem e pela disciplina no interior da instituição, inclusive com realização, como visto, de reuniões semanais para deliberar sobre punições, regressão de regime, promoção de regime e qualquer outro fator que vise à preservação da ordem e da disciplina na APAC.

Esse ponto remete, aliás, a uma entrevista intitulada *O olho do poder*, na qual Foucault foi questionado se haveria algum sentido – especificamente sobre alteração das relações de saber-poder e assujeitamento do interno – caso os prisioneiros se apoderassem da torre central do panóptico. O filósofo francês perguntou ao seu interlocutor se ele “[...] acredita[va] então que será[/seria] muito melhor assim que com os vigias?” (FOUCAULT, 2004, p. 227). A resposta de Foucault, portanto, é negativa, e o Método APAC corrobora a afirmação do filósofo francês, já que os próprios presos são os vigias uns dos outros e a APAC se caracteriza exatamente como uma tecnologia positiva de saber-poder. Não por outra razão, Foucault afirma que, nessa tecnologia política, “[...] os detentos se encontram presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores” (FOUCAULT, 2002, p. 166).

Darke e Karam, apesar de darem enfoque ao caráter de autoadministração da APAC, também reconhecem essa instituição como panóptica, ao afirmarem que “centradas em rotinas rígidas, disciplina estrita, observação e julgamentos contínuos, nelas as vidas dos presos são dirigidas nos mínimos detalhes” (DARKE; KARAM, 2014, p. 13). Esses autores ainda enfatizam como os presos são recrutados e responsabilizados pelas mais variadas tarefas no interior da APAC, desde “varrer o chão”, “auxiliar na segurança”, “evitar fugas” até desempenhar um “papel central na disciplina” (DARKE; KARAM, 2014, p. 10) – ou seja, preso vigiando preso, aprofundando as relações intrínsecas entre saber-poder, pois os presos responsáveis pela disciplina, por exemplo, sequer visualizam que eles próprios são frutos da vigilância, da sanção e do exame.

É curioso que, durante o Período Imperial brasileiro, a busca pela implementação de uma prisão nos moldes do panoptismo benthamiano foi objeto de grande esforço durante a construção da Casa de Correção da Corte a partir da década de 30 do século XIX. Segundo Zaffaroni *et al.*, “o prestígio de Jeremias Bentham à época pode ser confirmado pelo fato de ter sido ele, ao lado de Livingston, o autor mais citado nas atas dos trabalhos parlamentares de elaboração do código imperial” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 431). Na capital do Império, onde se iniciou a construção da primeira grande prisão brasileira em 1834 – a mencionada Casa de Correção da Corte –, percebe-se facilmente a adoção do modelo Panóptico de Bentham, fruto de inúmeras excursões de agentes públicos enviados à Europa e aos Estados Unidos da América pelo Ministério da Justiça, a fim de que eles estudassem seus modelos penitenciários. Essa Casa de Correção foi construída nitidamente segundo o modelo prisional criado por Jeremy Bentham, e, como ressaltado por Manoel Barros da Motta, “essa prisão, cujo primeiro raio só tem sua construção terminada em 1850, será um dos pontos de irradiação do novo sistema punitivo” (MOTTA, 2011, p. 108). Apesar de a construção da Casa de Correção basear-se no modelo Panóptico, a experiência brasileira continha grandes imperfeições, não permitindo obter os efeitos almejados com esse projeto (MOTTA, 2011, p. 109/112).

Diante do fracasso em se implementar prisões, no Brasil, segundo o modelo criado por Jeremy Bentham, ou seja, nos moldes da arquitetura Panóptica, a pena de prisão no Brasil sempre se caracterizou por uma de suas *funções manifestas* presentes no discurso jurídico, que é a de simples neutralização ou inocuização do indivíduo condenado – denominada também de prevenção especial negativa, como ressaltado por Nilo Batista (2002, p. 147-158), Zaffaroni *et al.* (2003, p. 114-130; p. 481-488), Vera Andrade (2012, p. 164-169; p. 316-317), Juarez Cirino dos Santos (2018, p. 452-453) e Salah Hassan Khaled Junior (2018, p. 41-69).

Justamente diante dessa característica predominante do sistema penitenciário comum brasileiro, ou seja, como sistema de neutralização de pessoas presas, é que autores como Luciano Oliveira (2011, p. 309-338) e Luiz Antônio Bogo Chies (2019, p. 15-51) afirmam que o arcabouço teórico de Michel Foucault, especialmente as reflexões desenvolvidas no livro *Vigiar e punir*, deve ser adotado com cautela para estudar tal sistema penitenciário. Estão com razão, pois o sistema penitenciário e as práticas jurídico-penais, no Brasil, não se caracterizam como práticas predominantemente disciplinares, tal como apontado por Foucault ao se referir a tais práticas então em curso na França e Inglaterra do século XIX. Apropriando-se dos termos foucaultianos, Luciano Oliveira apresenta a hipótese de que o Brasil, e mais especificamente o seu sistema penitenciário, caracteriza-se por ser uma *sociedade indisciplinar* (OLIVEIRA, 2011, p. 336, grifo do autor).

No entanto, pode-se dizer que a implementação de um método de execução penal que atenda aos fins para os quais a pena de prisão realmente foi criada, ou seja, que atenda sua função disciplinar e que exerça em seu interior os recursos para o bom adestramento do preso, somente foi efetivada, no Brasil, com o advento do Método APAC. Não se pode afirmar que o Brasil esteja vivenciando, no sistema carcerário, uma sociedade disciplinar, mas o Método APAC, ao funcionar exatamente como disposto, sustenta um modo

homogeneizante de existência e de regras de conduta, segundo padrões especificamente determinados, contribuindo para a constituição de indivíduos assujeitados, docilizados – sujeitos disciplinados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar o Método APAC, um modelo de execução da pena privativa de liberdade, inicialmente implantado no Estado de São Paulo, em 1972, mas que está em franca expansão em vários Estados do Brasil, a exemplo do Paraná, onde já existem três instituições apaqueanas. A pretensão, divulgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é de instalar ao menos uma APAC em cada comarca do Estado.

A análise foi realizada a partir das obras de Ottoboni, que foi o grande idealizador do Método APAC e escreveu vários livros sobre este Método a fim de difundi-lo e uniformizar sua implantação não só no Brasil, mas também no exterior. Essa análise foi realizada sob orientação das investigações arqueológicas e genealógicas de Foucault, especialmente sobre “a ordem do discurso” existente no interior do Método APAC.

Depois de identificar os elementos fundamentais que sustentam o Método APAC, num primeiro momento, pode-se dizer que ele ostenta elevada capacidade de reintegração social do indivíduo, uma vez que leva para o interior do processo da execução penal uma gama variada de agentes sociais, constituídos pela comunidade, preocupados em prestar um auxílio voluntário e gratuito à pessoa presa. Pode-se dizer, até mesmo, que consiste num passo importante para constituição de uma política criminal preocupada em limitar a difusão do sistema penal, como também limitar a estigmatização que ainda prevalece contra as pessoas presas ou que foram presas algum dia. Não por outra razão, é festejado por inúmeros pesquisadores da área do Direito, como foi visto na introdução deste trabalho.

Ocorre que, ao se realizar uma análise genealógica do Método APAC, é possível fazer emergir discursos altamente disciplinantes em seu interior os quais fazem com que a APAC se caracterize, predominantemente, como uma instituição disciplinar, na qual se impõe ao indivíduo um modelo homogeneizante de existência e regras de conduta segundo padrões especificamente determinados, contribuindo para a constituição de indivíduos assujeitados e, portanto, como objetos de técnicas de normalização e de direção de consciência. Essa é uma observação ressaltada também por Sacha Darke, ao dizer que, além de “conservador”, o sistema APAC “torna os criminosos totalmente responsáveis por suas ações e por sua terapia” (DARKE, 2020, p. 360-361).

Não se pode, portanto, naturalizar tão facilmente os discursos e as técnicas disciplinares impostas e exercidas no interior das instituições apaqueanas, sequer problematizadas por muitos trabalhos publicados a respeito dessas unidades prisionais, como demonstrado na introdução deste artigo. Nesse sentido, mais uma vez nos valendo das reflexões de Alessandro Baratta, o Método APAC se caracteriza mais como uma política penal do que como política criminal (BARATTA, 2002, p. 201).

No atual cenário e como se apresenta hoje, o Método APAC pode ser comparado a uma balança, na qual há dois pratos. De um lado, o prato dos mecanismos da ressocialização,

com dispositivos e discursos que viabilizam a reintegração social da pessoa presa. No outro prato, porém, que é o prato que mais pesa, segundo entendemos, o discurso disciplinar, no qual o preso, mais do que pessoa, é visto como objeto, ao qual é preciso tratar, modular, disciplinar, recuperar, normalizar. Este segundo prato pode degradar o primeiro, pois naturaliza os mecanismos de punição e não enxerga a íntima relação entre mecanismos de punição e estrutura social, que, para construção de uma sociedade mais justa e solidária, não pode deixar de ser enfrentados.

Tal como previsto na hipótese deste artigo, o direito que se exerce na APAC não é um direito novo, não é antidisciplinar e está intimamente ligado ao princípio da soberania, de forma que a subjetividade que se constitui no interior dessas instituições é a de um sujeito como objeto – docilizado e normalizado.

5. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*. O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Instituto Carioca de Criminologia – Coleção Pensamento Criminológico, 19).
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. (Instituto Carioca de Criminologia – Coleção Pensamento Criminológico 1).
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva – Homenagem a Alessandro Baratta e Vera Regina Pereira de Andrade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização – junho de 2017*. In: MOURA, Marcos Vinícius (Org.). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: [<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>]. Acesso em: 28.07.2019.
- BRASIL. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR [on-line]. Evento no TJPR debate a importância e o futuro das APACs. In: Encontro organizado pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Estado do Paraná (GMF/TJPR) em parceria com a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná (TRT-9), 2018, Paraná. *Diálogos sociais: o método APAC e o trabalho no estabelecimento prisional*. Paraná: TJPR, 2018. Disponível em: [<http://twixar.me/sGR1>]. Acesso em: 24.08.2018.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Poder soberano e biopoder: revisitando as contribuições de Michel Foucault para a questão penitenciária brasileira. In: CHIES, Luiz Antônio Bogo. *Revisitando Foucault e outros textos em questão penitenciária*. 1. ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.
- COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). *Catálogo de teses e dissertações*. Brasil: Ministério da Educação, c2016. Disponível em: [<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>]. Acesso em: 23.01.2019.

- COSTA, Carolina Maria Alves. *A humanização da execução da pena privativa de liberdade pelo método APAC: educação para a liberdade*. Orientadora: Thaís Novaes Cavalcanti. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, Osasco, 2016. Disponível em: [https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4488383]. Acesso em: 24.01.2019.
- DARKE, Sacha. *Convívio e sobrevivência: coproduzindo a ordem prisional brasileira*. Trad. Maria Lucia Karam. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 107, p. 257-276, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475400]. Acesso em: 11.07.2020.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção saberes monográficos).
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. Rev. BRANDÃO, Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FOUCAULT, Michel. A ética do cuidado de si como prática da liberdade. In: FOUCAULT, Michel. *Ética, sexualidade, política*. Trad. Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. MOTTA, Manoel Barros da (Org. e rev.). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014a. v. 5 (Coleção Ditos e Escritos).
- FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015 (Coleção Obras de Michel Foucault).
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novaes et al. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. Tradução estabelecida, no âmbito da associação para o Centro Michel Foucault, sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Mauro Bertani e Alessandro Fontana. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Coleção Tópicos).
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e José Augusto Guilhaon Albuquerque. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020. v. 1 – A vontade de saber (Coleção Biblioteca de Filosofia).
- FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. e org. Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.
- FOUCAULT, Michel. O que é o senhor, professor Foucault? In: FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: filosofia, diagnóstico do presente e verdade*. Trad. Abner Chiquieri. MOTTA, Manoel Barros da (Org. e rev.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014c. v. 10 (Coleção Ditos e Escritos).
- FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: genealogia da ética, subjetividade e sexualidade*. Trad. Abner Chiquieri. MOTTA, Manoel Barros da (Org. e rev.). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014b. v. 9 (Coleção Ditos e Escritos).
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

- FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC). *Cronograma*. In: FBAC.org.br. Itaúna, MG, 11 jan. 2016. Disponível em: [http://fbac.org.br/index.php/pt/cronograma]. Acesso em: 27.07.2019.
- FRATERNIDADE BRASILEIRA DE ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS (FBAC). *Quem somos?* Histórico. In: FBAC.org.br. Itaúna, MG, 11 abr. 2019. Disponível em: [http://fbac.org.br/index.php/pt/institucional/institucional]. Acesso em: 27.07.2019.
- GURGEL, Maria Antonieta Rigueira Leal. *A efetividade das garantias do condenado no marco da intervenção penal em um estado democrático de direito: análise do método APAC de cumprimento da pena privativa de liberdade*. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. 2008. 136 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [https://maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=13481@1]. Acesso em: 23.01.2019.
- KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *Justiça social e sistema penal*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MASSOLA, Gustavo Martineli. *A subcultura prisional e os limites da ação da APAC sobre as políticas penais públicas: um estudo na Cadeia Pública de Bragança Paulista*. Orientadora: Eda Terezinha de Oliveira Tassara. 2005. 388 p. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: [http://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-08112013-105555/pt-br.php]. Acesso em: 20.08.2018.
- MASSOLA, Gustavo Martineli. *Sistema penitenciário: reforma ou reprodução: um estudo da APAC São José dos Campos*. Orientadora: Eda Terezinha de Oliveira Tassara. 2001. 470 p. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001. Disponível em: [http://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-07112013-141242/pt-br.php]. Acesso em: 20.08.2018.
- MOTTA, Manoel Barros da. *Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- OLIVEIRA, Luciano. Relendo ‘Vigiar e punir’. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 309-338, abr.-maio-jun. 2011. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7228]. Acesso em: 05.04.2022.
- OTTOBONI, Mário. *Cristo sorrindo no cárcere*. 2. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1978a (Coleção Vida).
- OTTOBONI, Mário. *Meu Cristo, estou de volta: pastoral carcerária aplicada no revolucionário sistema APAC*. São Paulo: Edições Paulinas, 1978b.
- OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável: APAC: a revolução do sistema penitenciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.
- OTTOBONI, Mário. *Somos todos recuperandos*. Belo Horizonte: [s. n.], 2017.
- OTTOBONI, Mário. *Vamos matar o criminoso? Método APAC*. 4. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 2014.
- OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. *Parceiros da ressurreição: jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos*. São Paulo: Edições Paulinas, 2004.
- OTTOBONI, Mário; MARQUES NETO, Silvio. *Cristo chorou no cárcere: comovente história de um apostolado apaixonante*. 3. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1978.

- PEREIRA, Cíntia Aparecida Nunes. *Uma análise alteral da dignidade humana do preso na Grande Vitória face ao recuperando no modelo APAC-ITAÚNA: da cegueira ao rosto*. Orientador: Aloísio Krohling. 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, Vitória/ES, 2010. Disponível em: [http://fdv.br/_mestrado_base/dissertacoes/Cintia%20Aparecida%20Nunes%20Pereira.pdf]. Acesso em: 24.01.2019.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- SANTOS, Luiz Carlos Rezende e; FERREIRA, Valdeci; SABATIELLO, Jacopo (coord. e org.). *APAC – A humanização do sistema prisional: sistematização de processos e fundamentos jurídico-metodológicos que embasam a expansão do método como política pública no Brasil*. Belo Horizonte: AVSI – Brasil: FBAC: TJMG, 2018.
- SILVA, Fernando Laércio Alves da. *Método APAC: modelo de justiça restaurativa aplicada à pena privativa de liberdade*. Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense – UNIFLU, Programa de Mestrado em Direito, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: [http://fdc.br/arquivos/mestrado/dissertacoes/integra/fernandolaercio.pdf]. Acesso em: 23.01.2019.
- SUTHERLAND, Edwin Hardin. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Trad. Clécio Lemos. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1 – Teoria geral do direito penal.

6. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Paraná. Lei Estadual 17.138, de 2 de maio de 2012. Autoriza o Governo do Estado a firmar convênio com as entidades civis de direito privado sem fins lucrativos e Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APACs. Paraná, Curitiba: Palácio do Governo, 2012. Disponível em: [https://legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibirImpressao&codAto=67489]. Acesso em: 22.01.2019.
- BRASIL. Paraná. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Portaria 4324 D.M. Designar os magistrados e a servidora abaixo nominados, para comporem o Grupo de Estudos para instalação das Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC's (sic) em todo o Estado do Paraná, com vinculação ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização desta Presidência: [...]. Curitiba, Paraná: TJPR, 2015. Disponível em: [https://tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4509024]. Acesso em: 25.09.2019.

7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. STF, MC na ADPF 347/DF, TP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015, *DJe* 19.12. 2016. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&-docID=10300665]. Acesso em: 18.07.2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A crise da execução penal e a remição da pena pela leitura, de Aline Pires de Souza Machado de Castilhos – *RT* 1031/187-205;
- A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere, de Lauro Francisco da Silva Freitas Junior, Celina Maria Colino Magalhães e Paula Danielle Palheta Carvalho – *RBCCrim* 181/145-162;
- Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC, de Sacha Darke e Maria Lúcia Karam – *RBCCrim* 107/357-376;
- Efetividade do processo e técnica processual na execução penal – um exame da prática premiada pelo X Prêmio *Innovare*, de Thiago Colnago Cabral – *RBCCrim* 116/259-274;
- Ministério Público resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional, de Eduardo Cambi e Marcos Vargas Fogaça – *RT* 982/107-134;
- Prisões brasileiras: o descumprimento da lei pelo próprio estado, de Cristina Zackseski e Beatriz Vargas Ramos – *RBCCrim* 139/143-170; e
- Uma nova filosofia para tratamento do preso APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – Presídio Humaitá – São José dos Campos, de Luiz Flávio Borges D'Urso – *RT* 716/544-548.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE A GESTAÇÃO: ENTRE A INVISIBILIDADE DO FENÔMENO E OS DESAFIOS DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGRESSOR

*VIOLENCE AGAINST WOMEN DURING PREGNANCY: BETWEEN
THE INVISIBILITY OF THE PHENOMENON AND THE CHALLENGES
OF THE RESPONSIBILITY OF THE AGGRESSOR*

JEFFERSON DREZETT

Doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina do ABC. Professor do Departamento de Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade – Faculdade de Saúde Pública da USP – São Paulo (SP). Professor da Disciplina de Saúde Sexual, Reprodutiva e Genética Populacional – Faculdade de Medicina do ABC, Santo André (SP).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8546478201962916>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-4072-3636>].
jdrezett@gmail.com

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES

Doutorando da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas – Campinas (SP).
Membro da Associação Juizes para a Democracia – São Paulo (SP). Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Juiz Titular da Vara do Júri de Campinas – Campinas (SP).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5292259270629938>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6054-3080>].
jhtorres@tjsp.jus.br

FRANCISCA DE FÁTIMA DOS SANTOS FREIRE

Doutoranda em Ciências da Saúde da Faculdade de Medicina do ABC – Santo André (SP).
Mestra em Ensino na Saúde pela Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza (CE). Tutora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Rio Grande do Sul (RS).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6601935737834886>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3090-3847>].
stelfreire@hotmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724938>].

Recebido em: 01.02.2023

Aprovado em: 14.08.2023

Última versão dos autores: 09.09.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: A violência contra a mulher é reconhecida como violação de direitos humanos e problema de saúde pública. Mesmo durante a gestação, é elevada a prevalência de violência física, sexual e psicológica. O presente estudo sinaliza para uma discussão inédita em abordar a temática na perspectiva multiprofissional, tendo em vista minimizar os vieses que influenciam a invisibilidade da violência contra a mulher. O objetivo deste artigo é apresentar revisão narrativa sobre a violência contra a mulher durante gestação, com considerações sobre as implicações para a saúde pública e responsabilização do agressor. Por se tratar de revisão, este estudo encontra-se isento de submissão a Comitê de Ética e Pesquisa. As complicações obstétricas da violência durante a gestação apontam maior risco de aborto, óbito fetal, parto prematuro, baixo peso ao nascer, rotura prematura de membranas e óbito neonatal. A assistência pré-natal deveria ser estratégica para identificar essas situações de violência. Contudo, serviços e profissionais de saúde excepcionalmente abordam a questão. Além do enfrentamento das questões estruturais determinantes da ideologia patriarcal, a responsabilização dos agressores também é fundamental para romper o ciclo da violência e minimizar seus agravos. As políticas públicas de saúde deveriam incorporar a violência de gênero, buscando estratégias de acolhimento e de reconhecimento do problema, ampliando a garantia material dos direitos humanos das mulheres, com ações semelhantes que igualmente alcançassem os operadores do direito e suas instituições.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a mulher – Gestantes – Vítimas de crime – Violência por parceiro íntimo – Violações de direitos humanos.

ABSTRACT: Violence against women is recognized as a violation of human rights and a public health problem. Even during pregnancy, the prevalence of physical, sexual, and psychological violence is high. The present study signals an unprecedented discussion in approaching the topic from a multi-professional perspective, aiming to minimize the biases that influence the invisibility of violence against women. The aim of this article is to present a narrative review on violence against women during pregnancy, with considerations about the implications for public health and accountability of the aggressor. As a review, this study is exempt from submission to the Ethics and Research Committee. Obstetric complications of violence during pregnancy indicate a higher risk of abortion, fetal death, premature delivery, low birth weight, premature rupture of membranes and neonatal death. Prenatal care should be strategic to identify these situations of violence. However, health services and professionals exceptionally address the issue. In addition to addressing the structural issues that determine patriarchal ideology, the accountability of aggressors is also fundamental to break the cycle of violence and minimize their injuries. Public health policies should incorporate gender-based violence, seeking strategies to welcome and recognize the problem, expanding the material guarantee of women's human rights, with similar actions that also reach the operators of the law and their institutions.

KEYWORDS: Violence against woman – Pregnant women – Sex offenses – Intimate partner violence – Human rights abuses.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Magnitude da violência durante a gestação. 3. Violência durante a gestação como fenômeno multifatorial. 4. Consequências da violência sobre a gestação. 5. Aspectos jurídicos da violência contra a mulher. 6. Sobre a Lei Maria da Penha. 7. Da violência física: lesão corporal, aborto e feminicídio. 8. Da violência sexual. 9. Dos danos causados pela violência. 10. Responsabilidades dos profissionais e dos serviços de saúde.

11. O enfrentamento da violência durante a gestação. 12. Considerações finais. 13. Referências. 14. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é reconhecida como grave problema de saúde pública e como violação de direitos humanos (WHO, 2013). A complexidade desse fenômeno tornou-se melhor compreendida a partir do uso da categoria analítica de gênero, proposta pelo movimento feminista e pelas ciências sociais na década de 1990. O conceito de gênero questiona a essencialidade das diferenças entre os sexos genéticos ou biológicos, colocando o feminino e o masculino em uma perspectiva histórica, política, cultural e social (BANDEIRA, 2014).

Dessa forma, passou-se a reconhecer a construção de papéis fortemente desiguais para homens e mulheres ao longo de séculos, socializando o feminino em uma categoria subalterna, submissa e controlada, particularmente, no campo sexual e reprodutivo (SAFFIOTI, 2004). Em 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, promovida pelas Nações Unidas, incorporou definitivamente esse conceito, tratando por violência contra a mulher todo ato fundamentado no gênero que resultasse em morte ou sofrimento físico, sexual ou psicológico, ocorrendo tanto nos espaços públicos como nos ambientes privados (ONU, 1979).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que a prevalência global de violência física e sexual contra a mulher seja de 30%, quando praticada pelo parceiro íntimo, e de 7,2%, por agressor estranho ou conhecido, mas não parceiro. A violência por parceiro íntimo mostra índices de 24,6% no Pacífico Ocidental, de 25,4% na Europa, de 29,2% nas Américas, de 36,6% na África e de 37,7% no Sudeste da Ásia. Ato violento praticado por agressores estranhos ou não parceiros têm prevalência de 4,9% nos países do Pacífico Ocidental, de 6,8% no Sudeste da Ásia, de 5,2% nos países da comunidade europeia, de 10,7% nas Américas e de 11,9% na África (WHO, 2013).

No Brasil, dados da OMS, de 2005, apontaram para prevalência de 34% de violência física e de 14% de violência sexual contra a mulher, ambas praticadas ao longo da vida pelo parceiro íntimo (WHO, 2005). Como consequência dessa alta prevalência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) registrou mais de 1,4 milhão de casos de violência doméstica e 230 mil pedidos de medidas protetivas no ano de 2017 (CNJ, 2018).

Nesse contexto, a violência durante a gestação (VG) é definida pela ameaça ou pela ação de violência física, sexual ou psicológica contra a gestante (WHO, 2005). As evidências indicam que a VG pode ser tão ou mais frequente que muitas intercorrências clínicas durante a gestação, como o diabetes gestacional (5,4%) (SANTOS *et al.*, 2020) ou a pré-eclâmpsia (4,6%) (ABALOS *et al.*, 2013), duas das principais condições obstétricas com protocolos bem-definidos de rastreamento, diagnóstico e intervenção durante a assistência pré-natal e o parto. Mesmo assim, as instituições públicas pouco reconhecem a VG e os seus agravos. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar uma revisão narrativa sobre a violência contra a

mulher durante a gestação, com considerações sobre suas implicações para a saúde pública e para os procedimentos de responsabilização do agressor. Por se tratar de revisão, este estudo encontra-se isento de submissão e aprovação por Comitê de Ética e Pesquisa, conforme normas do Conselho Nacional de Saúde.

2. MAGNITUDE DA VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO

A gestação pode ser uma etapa do curso de vida da mulher em que as violências assumem novos contornos e diferentes características. Alguns estudos observam maior ocorrência de violência psicológica (OKADA *et al.*, 2015) e menor violência física e sexual nessa fase (MARTIN-DE-LAS-HERAS *et al.*, 2019), enquanto outros apontam o período gestacional como o momento do início das agressões ou de seu incremento em frequência e gravidade (MONTEIRO *et al.*, 2007; SCHRAIBER; D'OLIVEIRA; FRANÇA JUNIOR, 2008; BO *et al.*, 2020). Muitas mulheres, particularmente as mais jovens e as adolescentes, podem passar a sofrer violência depois de revelarem a gestação, praticada tanto pela família como pelo parceiro íntimo (MONTEIRO *et al.*, 2007).

Diferentes dados de prevalência sobre agressões físicas durante a gestação são reportados para mulheres brasileiras. Em Campinas, a violência física ocorreu para 6,5% das gestantes (AUDI *et al.*, 2008). No Rio de Janeiro, os índices observados variaram de 9,5% (SANTOS *et al.*, 2010) a 33,8% (MORAES; REICHENHEIM, 2002). No Recife, foram 13,1% (MENEZES *et al.*, 2003). Em São Paulo, foram encontrados valores de 13,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), de 14,6% (FERRI *et al.*, 2007) e de 34,6% (OKADA *et al.*, 2015).

O cenário internacional tem indicadores igualmente importantes. Na China, a violência física na gestação ocorre para 4,3% das mulheres (LEUNG *et al.*, 1999), no Irã, para 4,8% (NAGHIZADEH; MIRGHAFORVAND; MOHAMMADIRAD, 2021), na Turquia, para 8,4% (GÜRKAN *et al.*, 2020), em Ruanda, para 10,2% (RURANGIRWA *et al.*, 2017), na Nicarágua, para 13,4% (VALLADARES *et al.*, 2005), no Malawi, para 14,0% (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018), no Reino Unido, para 17,0% (JOHNSON *et al.*, 2003) e, em Uganda, para 27,7% (KAYE *et al.*, 2006).

A violência sexual na gestação também tem prevalência relevante. O Rio de Janeiro mostra índices de 2,1% (SANTOS *et al.*, 2010) e de 9,9% (MORAES; REICHENHEIM, 2002). Em São Paulo, os valores oscilam entre 3,1% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), 4,9% (OKADA *et al.*, 2015), e 5,0% (FERRI *et al.*, 2007). Em Campinas, chegam a 6,5% (AUDI *et al.*, 2008). Em Uganda, a violência sexual é reportada em 2,7% das gestações (KAYE *et al.*, 2006), na Turquia, o índice atinge 5,9% (GÜRKAN *et al.*, 2020), na Nicarágua, 7,0% (VALLADARES *et al.*, 2005), na China, 9,4% (LEUNG *et al.*, 1999), em Ruanda, 9,7% (RURANGIRWA *et al.*, 2017), no Reino Unido, 10,0% (JOHNSON *et al.*, 2003), no Irã, 12,5% (NAGHIZADEH; MIRGHAFORVAND; MOHAMMADIRAD, 2021) e, no Malawi, 28,0% (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018).

Esses dados desvelam parte de um cenário mais amplo de violência sexual contra as mulheres brasileiras. Informações extraídas do Sistema de Informação de Agravos de Notificação Compulsória indicam que, no período de 2009 a 2013, houve aumento do número

de notificações de violência sexual ao Ministério da Saúde, passando de 7,4 mil casos, em 2009, para 24,4 mil casos, em 2013 (GASPAR; PEREIRA, 2018). Crianças e adolescentes enfrentam fenômeno semelhante. No ano de 2019, as instituições de segurança pública registraram que mulheres menores de 13 anos compuseram quase 60% dos casos de violência sexual (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). Outro estudo brasileiro aponta que quase 25% dos casos de abuso sexual acometeram adolescentes de 12 a 17 anos em 2015 (WAISELFISZ, 2017). Apesar da magnitude desses números, cabe considerar que eles representam a menor parte dos casos de violência sexual que realmente ocorrem e que, oficialmente, não são registrados, sobretudo em razão da dificuldade ou mesmo impossibilidade de revelação dos fatos pelas mulheres (SOUZA *et al.*, 2012).

Em acréscimo, muitas mulheres enfrentam, concomitantemente, situações de violência psicológica na gestação (GÜRKAN *et al.*, 2020). Essa forma de violência pode ser entendida como qualquer conduta que cause dano emocional para a mulher, reduza sua autoestima, prejudique seu desenvolvimento humano, tenha pretensão de controlá-la, busque sua degradação ou limite a sua autodeterminação (BRASIL, 2006). Alguma forma de violência psicológica mostrou-se presente ao longo da vida de 97,1% das mulheres (OKADA *et al.*, 2015). Dados sobre a violência psicológica na gestação no Brasil podem ser variáveis, com valores entre 17,5% (PIRES *et al.*, 2017) e 28,8% (SILVA *et al.*, 2011). Em outros países em desenvolvimento, a violência psicológica na gestação alcança 26,7% das mulheres na Turquia (KARAOGLU *et al.*, 2006), 32,4% na Nicarágua (VALLADARES *et al.*, 2005), 29,1% no Malawi (CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018), 32,8% no Irã (NAGHIZADEH; MIRGHAFORVAND; MOHAMMADIRAD, 2021), 17,0% em Ruanda (RURANGIRWA *et al.*, 2017), e 40% no Iraque (AL-TAWIL, 2012).

Outras formas menos reportadas de violência devem ser reconhecidas durante a gestação. A violência patrimonial reflete as condutas que configuram a subtração, a retenção ou a destruição dos pertences da mulher, seus documentos ou seus valores e recursos financeiros. A violência moral se expressa pelas calúnias, injúrias ou difamações (BRASIL, 2006). Em estudo brasileiro, o abuso econômico foi encontrado em 25,9% e as agressões verbais em 31,1% das gestantes (GÜRKAN *et al.*, 2020).

Mulheres que sofrem VG também têm antecedentes importantes de violências recentes ou antigas no curso de vida, corroborando com a violência de gênero como um processo muitas vezes contínuo e recorrente. A violência física nos últimos 12 meses foi significativamente mais frequente nas mulheres com VG, com valores crescentes de 3,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), de 7,6% (FIOROTTI *et al.*, 2018), de 9,4% (SANTOS *et al.*, 2010), de 13,1% (MENEZES *et al.*, 2003), de 14,6% (FERRI *et al.*, 2007), e de 33,8% (MORAES; REICHENHEIM, 2002).

A maioria dos casos de VG se destaca pelo parceiro íntimo como protagonista das agressões. Esse cotidiano de violência termina traduzindo-se no medo nas relações domésticas. Em nosso meio, a declaração de temor do parceiro é variável, com 26,5% (DURAND; SCHRAIBER, 2007), 19,1% (AUDI *et al.*, 2008), e 5,1% (SANTOS *et al.*, 2010) das mulheres entrevistadas. Semelhante situação ocorre em outros países, com relato de medo do

parceiro íntimo em 1,5% dos casos no Canadá (JANSSEN *et al.*, 2003), em 3,6% na China (LEUNG *et al.*, 1999), em 27,0% no Reino Unido (JOHNSON *et al.*, 2003), em 24,8% em Uganda (KAYE *et al.*, 2006), e em 32,0% na Nicarágua (VALLADARES *et al.*, 2005).

O medo do parceiro íntimo é um aspecto importante na violência de gênero, por ser um obstáculo significativo para diferentes aspectos da vida da mulher e por reduzir sua autonomia sexual e reprodutiva (WHO, 2013). Em situações extremas, a exposição ao medo em concomitância com outros eventos traumáticos pode levar ao estresse e ao isolamento, condições facilitadoras da depressão e de comportamentos suicidas (HYDE; MEZULIS; ABRAMSON, 2008).

3. VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO COMO FENÔMENO MULTIFATORIAL

Vários fatores são fortemente relacionados com a violência de gênero, como o menor *status* socioeconômico, pouca escolaridade da mulher ou do parceiro íntimo (RURANGIRWA *et al.*, 2017), apoio social escasso e a dependência econômica e emocional da mulher (DURAND; SCHRAIBER, 2007; BESSA *et al.*, 2014). Esses aspectos são mais impactantes nos países em desenvolvimento em que predomina maior desigualdade social, dificuldades e deficiências de atenção na saúde pública e maior assimetria nas relações de gênero (WHO, 2005). As evidências são robustas quanto ao papel da desigualdade social, da pobreza, da dependência financeira e do desemprego como fatores associados com a VG (VALLADARES *et al.*, 2005; DURAND; SCHRAIBER, 2007; OKADA *et al.*, 2015; HOANG *et al.*, 2016; CHASWEKA; CHIMWAZA; MALUWA, 2018). A menor renda da mulher também confere ao fenômeno da violência um significado por estratificação social (RURANGIRWA *et al.*, 2017), enquanto a maior autonomia econômica pode funcionar como fator protetor ou redutor para a VG (PURI *et al.*, 2012).

O recorte de raça importa para a sujeição da mulher à VG, sobretudo para as negras e para mulheres de minorias étnico-raciais (KOCH; ROSENBERG; GELLER, 2016; HALPERN-MEEKIN *et al.*, 2019; BESSA *et al.*, 2022). Mulheres negras são particularmente mais vulneráveis, chegando a compor quase 70% dos casos de violência atendidos nos serviços de emergência brasileiros (GARCIA; SILVA, 2018). O extremo da violência doméstica e de gênero é feminicídio, tipificado no Código Penal brasileiro no artigo 121, § 2º, VI. (MASSON, 2000). A taxa de feminicídio de mulheres negras brasileiras entre os anos de 2016 e 2018 foi de 12,5 por 100.000 mulheres, pouco mais que o dobro observado para mulheres brancas, de 5,9 por 100.000 (MONTEIRO; ROMIO; DREZETT, 2021). Os estudos ecológicos de série temporal indicam que as taxas de homicídios no Brasil são crescentes nas últimas décadas, colocando o país na quinta posição internacional em taxa de feminicídios (WAI-SELFISZ, 2015). Contudo, alguns aspectos a VG não se mostram consensuais. Diferenças de escolaridade não foram verificadas por alguns autores (KHOSLA *et al.*, 2005; SANTOS *et al.*, 2010; OKADA *et al.*, 2015). Em alguns estudos, mulheres sem parceiro se mostraram mais expostas à VG (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010; FINNBOGADÓTTIR; DYKES; WANN-HANSSON, 2016; FIOROTTI *et al.*, 2018; STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010), o que poderia ser decorrente de um possível fator protetor de uma união baseada em

relações saudáveis e menos assimétricas, que poderiam determinar valores comuns na estrutura familiar (FINNBOGADÓTTIR; DYKES; WANN-HANSSON, 2016).

Outros aspectos têm sido associados com a VG. Há reportes sobre o papel da religião da mulher (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010; AL-TAWIL, 2012; OKADA *et al.*, 2015), da gravidez decorrente de relação com outro parceiro (STÖCKL; WATTS; MBWAMBO, 2010), da união ou casamento precoce antes dos 18 anos (MOHAMMADHOSSEINI; SAHRAEAN; BAHRAMI, 2010), de residir em regiões urbanas (RURANGIRWA *et al.*, 2017) e do antecedente da mulher em presenciar ou vivenciar violência doméstica antes dos 15 anos de idade (MENEZES *et al.*, 2003; AUDI *et al.*, 2008). Com relação ao parceiro íntimo, aponta-se o etilismo, a pouca escolaridade (PEEDICAYIL *et al.*, 2004; BESSA *et al.*, 2014), a baixa idade (AUDI *et al.*, 2008), o uso abusivo de substâncias psicoativas (AUDI *et al.*, 2008; TAFT; WATSON, 2008), a infidelidade conjugal (MOHAMMADHOSSEINI; SAHRAEAN; BAHRAMI, 2010), o sentimento de posse e controle sobre a mulher e a dúvida sobre a paternidade da gestação em curso (BACCCHUS; MEZEY; BEWLEY, 2006). A gestação não planejada também pode aumentar o risco de sofrer VG (LEUNG *et al.*, 1999; KAYE *et al.*, 2006; SANTOS *et al.*, 2010; OKADA *et al.*, 2015).

Contudo, deve-se reconhecer que parte dessas variáveis encontra-se sujeita a fatores de confundimento, na medida em que muitos aspectos clínicos e sociodemográficos inter-relacionam-se com os agravos da violência. Além disso, a violência contra a mulher é um fenômeno que se insere em contextos sociais, culturais, econômicos e políticos diversos, o que impede que se generalize sua prevalência e suas características para diferentes populações.

4. CONSEQUÊNCIAS DA VIOLÊNCIA SOBRE A GESTAÇÃO

As evidências indicam que a violência contra a mulher é causa importante de suicídio e de mortalidade materna. A OMS estima que, em média, 38% dos feminicídios são praticados pelo parceiro íntimo, com valores maiores para países do Sudeste Asiático, da África e das Américas (WHO, 2013). As complicações obstétricas podem comprometer 37% das mulheres que sofrem VG (KAYE *et al.*, 2006), incluindo maior risco de aborto (TAFT; WATSON, 2008), de óbito fetal, de parto prematuro e de baixo peso ao nascer (KAYE *et al.*, 2006; HOANG *et al.*, 2016), de rotura prematura de membranas (SANTOS *et al.*, 2010), e de óbito neonatal (COKER; SANDERSON; DONG, 2004). Além disso, mulheres que sofrem VG estão mais propensas a iniciar o pré-natal tardiamente (KARAOGLU *et al.*, 2006) e de realizá-lo de forma irregular e inadequada (MORAES; ARANA; REICHENHEIM, 2010), além de interromperem o aleitamento materno mais precocemente (VIELLAS *et al.*, 2013).

As agressões físicas também podem resultar em danos para as gestantes. Na Itália, a violência física foi motivo para o atendimento de urgência de 113 gestantes, com lesões observadas em 47,8% dos casos (BO *et al.*, 2020). Nas situações envolvendo violência sexual durante a gestação, as mulheres ficam sujeitas a outros agravos, como lesões genitais e infecções sexualmente transmissíveis (van ROOIJEN *et al.*, 2018), maior sofrimento sexual (DIKMEN; ÇANKAYA, 2020) e problemas de saúde mental mais frequentes (MORAES; REICHENHEIM, 2002; SOUZA *et al.*, 2012).

Outro agravante reprodutivo na VG é o maior consumo de álcool e de tabaco. O álcool pode facilitar a violência como parte de uma associação complexa, sobretudo quando a mulher utiliza o etilismo para enfrentar situações de VG com a reprovação do parceiro íntimo que, por sua vez, emprega mais violência como represália. Os danos fetais do tabaco também são conhecidos, como maior risco de prematuridade, de restrição do crescimento intrauterino e de baixo peso ao nascer (WHO, 2013).

As consequências psicológicas da violência sexual na gestação merecem atenção. As mulheres podem enfrentar o Transtorno de Estresse Pós-Traumático e níveis elevados de depressão, ansiedade e transtornos do humor. Pode ocorrer redução significativa da qualidade de vida, comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com os relacionamentos interpessoais. Pode-se observar significativa associação entre violência sexual e sintomas de dissociação, congelamento e hipervigilância. A relação com a autoimagem, autoestima e relações afetivas também é impactada negativamente (SOUZA *et al.*, 2012).

5. ASPECTOS JURÍDICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Como evidenciam os dados apresentados, a violência, seja física, psicológica, moral ou de qualquer outra dimensão, acarreta sérios danos e prejuízos para as mulheres, especialmente, no período gestacional. Essa violência deve ser prevenida e coibida. O Estado brasileiro subscreveu tratados e convenções de proteção dos direitos humanos das mulheres, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979), assim como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Eradicar a Violência contra a Mulher (OEA, 1994), comprometendo-se a adotar políticas públicas efetivas para garantir às mulheres uma vida livre de agressões e de qualquer tipo de violência, promovendo, inclusive, a punição dos agressores. Esse compromisso internacional, assumido no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos, há de ser cumprido, inclusive por ter força normativa vinculante.

Todavia, é preciso ter consciência de que a atuação exclusiva e isolada do sistema penal, de forma simbólica e promocional, é absolutamente insuficiente para conter essa violência que é, sobretudo, ideológica e fruto de um patriarcado estrutural, histórico e cultural. As políticas públicas não devem limitar-se ao sistema repressivo penal. Como ensina Jorge de Figueiredo Dias, “ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido dessa intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguardas do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas” (DIAS, 1999). Ao Estado, pois, cabe, mediante a adoção de políticas públicas e providências promocionais transformadoras, que não se confundem com medidas repressivas, que, muita vez, apenas produzem a manutenção do *status quo*.

A criminalização de condutas, em qualquer de seus níveis de atuação, não pode ser adotada como solução para todos os males sociais, nem pode ser mera opção simbólica

de governo. Alessandro Baratta adverte que “o Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, não pode, de forma simbólica, sobrepondo a política criminal à política social, criminalizar a política social” (BARATTA, 1994). Em um Estado Democrático de Direito, não se deve criminalizar qualquer conduta para fazer crer que, em razão da adoção dessa medida no plano formal legislativo, foi solucionado o problema que se pretendia arrostar.

Não se deve aplicar o sistema penal como peça de publicidade enganosa. E os dados revelados nesta revisão estão a demonstrar que, para a contenção e prevenção da violência contra a mulher, especialmente, durante a gestação, o sistema repressivo tem sido pouco eficaz. Segundo Maria Lucia Karan, a força ideológica das enganosas publicidades do sistema penal, além de ocultar seu descompromisso com a humanidade e suas dores, faz com que o controle social fundado na intervenção do sistema penal apareça como a única forma de enfrentamento de situações negativas ou de condutas conflituosas ou indesejadas (KARAM, 2009).

Não é apenas a lei penal que controla fenômenos, tendo em vista regular o convívio entre as pessoas e evitar situações negativas ou condutas conflituosas ou indesejadas. É preciso buscar a compreensão das raízes dos fenômenos comportamentais, buscando alternativas que sejam capazes de proporcionar caminhos menos danosos e mais eficazes para regulá-los e controlá-los de forma mais racional e efetiva. Decisivamente, são “ações positivas promotoras dos direitos, e não ações negativas proibitivas de condutas, que se fazem obrigatórias na atuação do Estado para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo” (KARAM, 2009).

Além disso, antes da aplicação do sistema penal, é preciso respeitar o princípio constitucional e democrático da subsidiariedade. Com efeito, “a tutela penal há de ser *ultima ratio* das medidas culturais, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas”, como já decidiu o Tribunal Constitucional português. De acordo com o princípio da subsidiariedade, embasado na principiologia do Estado Penal Mínimo, a aplicação do sistema penal somente se justifica quando não há alternativas para o enfrentamento do problema social a ser debelado (PORTUGAL, 1985).

É evidente que o problema da violência contra a mulher, inclusive no período da gestação, pode e deve ser enfrentado, também, e principalmente, fora do sistema penal, de modo até mesmo mais eficaz, mediante a promoção da educação formal e informal, capacitação de profissionais do sistema sanitário e educacional, manutenção de estruturas preparadas para garantir os direitos das mulheres, implantação de sistemas de acolhimento e orientação, políticas públicas que promovam a igualdade de gênero, implementação de programas sociais que assegurem a ativa participação das mulheres na identificação de prioridades, tomada de decisões, planejamento, adoção e avaliação de estratégias para a prevenção da violência em todos os seus aspectos, participação plena das mulheres nos espaços públicos, enfrentamento da ideologia patriarcal e aumento do poder e possibilidade das mulheres na tomada de decisões e sua efetiva execução (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004).

Todavia, além de adotar medidas e políticas públicas de prevenção e promoção da igualdade material e dignidade das mulheres, deve o Estado cuidar para que os agressores

também sejam responsabilizados, tanto no aspecto jurídico-criminal quanto no espectro da responsabilidade civil indenizatória. Portanto, também é preciso conhecer os instrumentos legais e jurídicos disponíveis no âmbito do sistema jurídico, para que seja possível, com uma interpretação e atuação marcadas pela perspectiva de gênero, conferir maior efetividade ao ordenamento legal e garantir a vida e a saúde das mulheres no plano material da existência e, em especial, nos períodos de gestação, com a aplicação do sistema repressivo, quando necessário, sob a égide do princípio da *ultima ratio* e dos demais princípios constitucionais e de proteção dos direitos humanos.

6. SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340, de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), editada em razão de uma condenação do Brasil no concerto internacional de garantia dos direitos humanos, criou, como está disposto em seu artigo 1º, mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Em seu artigo 2º, dispõe que as mulheres têm direitos fundamentais a serem assegurados para que vivam sem violência e que tenham sua saúde física e mental preservada. No seu artigo 3º, afirma a responsabilidade do poder público de garantir políticas que garantam os direitos humanos das mulheres, com ênfase nas relações domésticas e familiares, protegendo-as da violência e de outras formas de abuso (BRASIL, 2006).

No seu artigo 5º, dispõe que a violência doméstica e familiar contra a mulher estará configurada diante de “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, seja no âmbito da unidade doméstica, no ambiente familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação ou orientação sexual (BRASIL, 2006).

E, nos termos de seu artigo 7º, amplia a abrangência do conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher para afirmar a sua ocorrência nos casos de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, hipóteses exemplificativas e não taxativas. A única referência à violência durante a gestação está no item III de seu artigo 7º, que afirma configurar violência sexual qualquer conduta que force a prática do abortamento (BRASIL, 2006). Mas, apesar dessa única referência específica, a Lei Maria da Penha deve incidir em todas as hipóteses de violência contra a mulher durante a gravidez, como abordado alhures, seja física, psicológica, sexual ou moral, esteja ou não a violência inserida no campo de criminalização do sistema penal, para garantir os seus direitos, de modo primacial, no âmbito civil e familiar.

A Lei Maria da Penha, consagrando a principiologia da intervenção mínima do Estado no âmbito repressivo, garante a prioridade da aplicação de medidas efetivas fora do âmbito do sistema penal. Posto que editada com a finalidade de coibir e evitar a violência contra a mulher, seus dispositivos não se destinam apenas ao tratamento criminal de condutas nem

conferem preeminência para a atuação do sistema repressivo (BRASIL, 2006). Os dispositivos legais que criminalizam a VG, tipificando condutas e cominando penas, serão encontrados no Código Penal e em leis repressivas especiais.

A Lei Maria da Penha não pode ser tratada como um instrumento repressivo criado com a exclusiva missão de promover a punição dos agressores, mas, sim, constitui um instrumento legal destinado a garantir a implantação de políticas públicas de prevenção, assistência e proteção às vítimas, assegurar aplicação de medidas protetivas de urgência e promover programas educacionais com perspectiva de gênero, raça e etnia, o que a qualifica como um importante mecanismo de promoção e proteção dos direitos humanos das mulheres para uma vida livre de violência.

Comprometida com o seu objetivo primacial de prevenir a violência, a Lei Maria da Penha criou mecanismos, instrumentos jurídicos e equipamentos indispensáveis à sua efetividade, como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Casas-abrigo, Centros de Referência da Mulher e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, garantindo às mulheres, inclusive, assistência judiciária durante os atos processuais cíveis e criminais (artigo 27). Além disso, assegura a criação e atuação de equipes formadas por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (artigo 29), com atribuição, inclusive, para “desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes” (BRASIL, 2006). Aliás, é preciso destacar a previsão de instrumentos legais destinados até mesmo ao acolhimento do agressor.

No âmbito específico do sistema repressivo, no entanto, é preciso examinar a legislação penal específica e analisar as hipóteses de tipificação e incidência do sistema com relação ao agressor, especialmente, quando a violência é praticada durante o período gestacional, pois muitas mulheres, particularmente, as mais jovens e as adolescentes, podem passar a sofrer violência depois de revelarem a gestação, tanto pela família como pelo parceiro íntimo.

7. DA VIOLÊNCIA FÍSICA: LESÃO CORPORAL, ABORTO E FEMINICÍDIO

Quando ocorre uma violência física, que causa lesão corporal, ou seja, ofensa à integridade física ou à saúde da mulher, a conduta do agressor ou da agressora estará tipificada como criminosa no artigo 129, *caput*, do Código Penal, com pena de detenção de três meses a um ano (MASSON, 2000). Se ficar caracterizada a violência doméstica, nos termos do § 9º do mencionado dispositivo legal, a pena será maior: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.” E, nos termos do § 13, se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, a pena será ainda maior, de um a quatro anos (MASSON, 2000).

Mas, se a agressão for praticada durante a gestação e da lesão corporal resultar aceleração do parto ou aborto, o crime será qualificado, e a pena, aplicada de acordo com parâmetros mais severos ainda: se resultar em aceleração de parto a pena será de um a cinco

anos, e se resultar em aborto a pena será de dois a oito anos (artigo 129 do Código Penal) (MASSON, 2000). Finalmente, se o agressor tiver conhecimento da gravidez e agir com a intenção de provocar a interrupção da gestação com a ocisão do feto, buscando o aborto ou assumindo o risco de provocá-lo, o crime será o de aborto, como tipificado no artigo 125, com pena de três a dez anos (MASSON, 2000). Mas é preciso observar que, se as lesões corporais forem causadas por imprudência, negligência ou imperícia, o crime será de lesões corporais culposas. Nesse caso, eventual aborto não será punido, pois não há hipótese legal de criminalização do aborto culposo – artigo 18 do Código Penal (MASSON, 2000). Nessa hipótese, a responsabilidade do agressor ou da agressora pode ser reconhecida apenas no âmbito civil indenizatório e, eventualmente, administrativo ou deontológico.

Por derradeiro, configura-se o homicídio doloso quando o agressor quer ou assume o risco de produzir a morte da pessoa agredida – artigo 121 do Código Penal (MASSON, 2000). Mas esse crime será qualificado e a pena ampliada se ficar caracterizado o feminicídio (§ 2º), ou seja, se praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, § 2º-A, com reclusão de 12 a 30 anos. A pena será aumentada de um terço até a metade (§ 7º) se o feminicídio for praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto. Mas, se a mulher estiver grávida e o agressor tiver conhecimento da gravidez, responderá, também, pelo aborto, se houver a morte do feto, nos termos do artigo 125. Nesse caso, as penas do feminicídio e do aborto serão aplicadas cumulativamente, conforme artigo 69 do Código Penal (MASSON, 2000).

8. DA VIOLÊNCIA SEXUAL

Os crimes sexuais, tipificados no Código Penal, conforme a Lei 12.015, de 2009 (BRASIL, 2009), deixaram de ser classificados pelo Estado brasileiro como *Crimes contra os Costumes*, e passaram a ser compreendidos, no espectro da dignidade humana, como *Crimes contra a Dignidade Sexual*. Entre eles, estão os *Crimes contra a Liberdade Sexual*, como o *estupro*, previsto no artigo 213, que criminaliza a imposição de ato sexual ou libidinoso, sem consentimento, mediante uso de violência física ou grave ameaça (MASSON, 2000).

O crime de *estupro de vulnerável* está tipificado no artigo 217-A e considera a vulnerabilidade da pessoa, na expressão da sexualidade, como elementar do delito. Esse tipo penal pune qualquer ato libidinoso praticado com menores de 14 anos de idade ou com pessoas que, em razão de enfermidade ou deficiência intelectual, não têm o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência ou expressar consentimento válido, como é o caso de pessoas sob o efeito importante do álcool ou de substâncias psicoativas (MASSON, 2000).

Há, também, no espectro da tipificação de crimes contra a dignidade sexual, entre outros, os delitos de *violação mediante fraude* (artigo 215), de *importunação sexual* (artigo 215-A), do *assédio sexual* (artigo 216-A), da *corrupção de menores* (artigo 218), do *favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual* (artigo 218-B) e da *mediação para servir a lascívia de outrem* (artigo 227) (MASSON, 2000).

Contudo, embora a violência sexual durante a gestação tenha significativa gravidade para o aumento dos danos e riscos para a saúde da mulher, em nenhuma dessas hipóteses, há menção à prática do crime durante a gestação. Apenas o resultado “gravidez” é previsto como causa de aumento de pena para todos os crimes contra a dignidade sexual (artigo 234-A), o que, aliás, é suficiente para equipará-los, por analogia, ao estupro e, assim, possibilitar a prática do aborto legal previsto no artigo 128, II, do Código Penal (MASSON, 2000).

9. DOS DANOS CAUSADOS PELA VIOLÊNCIA

Como indicam as evidências, as consequências psicológicas da violência sexual durante a gestação, como o Transtorno de Estresse Pós-Traumático e níveis elevados de depressão, ansiedade e transtornos do humor, também não são consideradas de modo específico no âmbito da criminalização, apesar de causarem, com frequência, significativa redução da qualidade de vida e comprometimento da satisfação com a vida, com o corpo, com a atividade sexual e com os relacionamentos interpessoais, demonstrando associação entre a violência sexual e sintomas de dissociação, congelamento e hipervigilância, bem como impactando de modo negativo na formação e manutenção da autoimagem, da autoestima e das relações afetivas (SOUZA *et al.*, 2012).

Enão há previsão de qualificação, aumento ou agravamento de pena nos casos de delitos contra mulheres gestantes, nas hipóteses de violência psicológica, moral ou patrimonial, apesar dos danos emocionais que essa violência acarreta para as mulheres, prejudicando o seu desenvolvimento humano, sua autonomia e sua autodeterminação.

No espectro criminal, todos esses danos e consequências para a vítima poderão ser aferidos, apenas, como circunstâncias judiciais, no momento da fixação da pena, como previsto no artigo 59 do Código Penal (MASSON, 2000). Mas, no âmbito da responsabilidade civil, serão avaliados para a imposição de responsabilidade reparatória, inclusive com relação ao Estado, diante de eventual omissão na proteção dos direitos violados.

Na maioria significativa dos casos de VG, é destacada a presença do parceiro íntimo da mulher como protagonista da agressão, o que acarreta o estabelecimento do medo nas relações domésticas. O medo do parceiro íntimo é um aspecto importante da violência de gênero, por ser um obstáculo significativo para diferentes aspectos da vida da mulher e por reduzir sua autonomia sexual e reprodutiva. Assim, no campo da responsabilidade civil decorrente da produção de todos esses danos para a mulher, especialmente quando a violência é praticada durante a gestação, devem ser consideradas as consequências acarretadas para o futuro da gestante e para eventuais oportunidades de vida reprodutiva ou de relacionamentos sociais e profissionais truncadas pela violência.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem decidido, como já ocorreu nos casos Cantoral Benavides *vs.* Peru (CIDH, 2001), Cabrera García e Montiel Flores *vs.* México (CIDH, 2010), e Gelman *vs.* Uruguai (CIDH, 2011), que, diante de violação a direitos humanos, além da reparação dos danos físicos e morais, também deve ser reparado o dano ao projeto de vida, o qual implica violência à autodeterminação e ao direito de fazer escolhas com o objetivo de alcançar um projeto de vida futuro.

Assim, ocorre violência contra a mulher, reparável, portanto, quando as suas escolhas são frustradas pela ação de terceiros ou, então, nas situações em que a pessoa agredida é levada a ter que reformular, por ato lesivo de outrem, as suas escolhas (WESENDONCK, 2011). E cabe ao Estado garantir às mulheres a indenidade de suas escolhas para o seu projeto de vida. Como se vê, a violência, mesmo que não esteja criminalizada, poderá fundamentar e motivar a imposição de medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha e, ainda, acarretar consequências para o agressor, bem como ao Estado, no âmbito da responsabilidade civil ou administrativa.

10. RESPONSABILIDADES DOS PROFISSIONAIS E DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Desde o movimento da Reforma Sanitária, ocorrido na década de 1970, os serviços de saúde brasileiros têm sido progressivamente estruturados a partir de fundamentos filosóficos das ciências humanas para a construção de um arcabouço científico e protocolos de atenção. Estabeleceu-se a ruptura da concepção de que a saúde reflete apenas a ausência de doenças, o que determinou a adoção do conceito ampliado de saúde, que abrange, na sua concepção integral, as condições de vida, moradia, educação, alimentação, trabalho e bem-estar social e mental (BERTOLOZZI; FRACOLLI, 2008). Dessa forma, mulheres em situação de violência apresentam necessidades específicas que derivam do desrespeito aos direitos humanos e da desigualdade de gênero, desencadeando vulnerabilidades e agravos diversos para a saúde (SCHRAIBER *et al.*, 2012).

Os profissionais de saúde enfrentam dificuldades para assumir um posicionamento empático e tecnicamente adequado nos casos de violência contra a mulher. Persiste a concepção equivocada de que a violência contra a mulher não se encontra no escopo de suas atribuições e intervenções, exceto nas emergências que envolvam lesões físicas, como consequência de um modelo biomédico hegemônico com preconceitos e julgamentos embasados, especialmente, em estereótipos de gênero (VILLELA; LAGO, 2007). Acredita-se, no entanto, que a mudança desse cenário desfavorável para as mulheres depende, em parte, da promoção da adequada formação dos profissionais de saúde nas diferentes etapas de sua atuação (MASSON, 2000).

Considerando a abrangência do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, a assistência pré-natal deveria ser um espaço seguro e estratégico para identificar situações de violência na gestação (SANTOS *et al.*, 2010). No entanto, poucas vezes, as mulheres revelam espontaneamente esse fato, o que colabora para reduzir a visibilidade do fenômeno (SOUZA *et al.*, 2012). Ao mesmo tempo, na maior parte dos casos, a violência física ou sexual na gestação não deixa evidências materiais que permitam suspeitar ou identificar a sua ocorrência (SANTOS *et al.*, 2010; BESSA *et al.*, 2014).

Portanto, o enfrentamento da VG exige novas formas de acolhimento e de reconhecimento do problema. Urge seja incorporada, definitivamente, a violência de gênero nas políticas públicas de saúde. Aliás, a Lei Maria da Penha, motivada pelos compromissos internacionais do Brasil no âmbito dos direitos humanos, considera primordial a promoção de medidas educativas de prevenção da violência doméstica contra a mulher em todos os setores de atuação do Estado e no espectro da vida privada (BRASIL, 2006).

Igualmente importante é identificar os autores da VG para que possam ser responsabilizados, reduzindo a impunidade e promovendo a reparação dos danos. Essa medida também rompe o ciclo da violência doméstica, evitando ou minimizando os agravos para a saúde das mulheres. A Lei Maria da Penha prevê proteção para as mulheres que enfrentam VG de forma mais ampla e efetiva, pois permite a suspensão da posse ou o porte de armas pelo agressor, o afastamento do agressor do domicílio e de locais frequentados pela mulher, a proibição de aproximação com relação à mulher, a familiares e a testemunhas, a proibição de toda forma de contato e comunicação, a suspensão de visitas do agressor aos filhos e, ainda, a imposição da obrigação de prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

E os profissionais de saúde têm o dever legal e o compromisso constitucional de acolher, cuidar, orientar e proteger as mulheres no âmbito de sua atuação. Casos de violência suspeita ou confirmada contra mulheres menores de 18 anos devem ser obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar, sem prejuízo de qualquer outra medida legal, com o objetivo de que possam ser adotadas medidas de proteção adequadas (BRASIL, 1990). A Lei 13.931, de 2019, estabelece o dever de comunicar à autoridade policial, inclusive, os casos de violência contra a mulher, com observância dos princípios ético-legais do sigilo e confidencialidade, garantindo-se, assim, a plenitude da assistência e a dignidade da mulher assistida (BRASIL, 2019). E, segundo preceitua a Lei Maria da Penha, também compete aos profissionais de saúde fornecer subsídios para o Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, quando solicitados, por relatórios técnicos ou em audiências, observando os princípios de confidencialidade profissional (BRASIL, 2006).

11. O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DURANTE A GESTAÇÃO

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (CNJ, 2021), editado para orientar os magistrados e magistradas, mas que pode ser adotado como paradigma, também, para a implantação de políticas públicas, inclusive no âmbito sanitário, assevera que o enfrentamento da violência contra a mulher deve orientar-se pelos princípios elegidos pela *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (ONU, 1979), pela *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher* (OEA, 1994) e pela Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995.

O Brasil incorporou esses tratados internacionais ao seu ordenamento jurídico constitucional, considerando que a Constituição Federal, artigo 5º, § 1º, estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No § 2º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; no § 3º, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; e, no § 4º, “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (BRASIL, 1988).

Assim, o Brasil assumiu o compromisso de garantir ao homem e à mulher, prioritariamente, a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, mas afirma e adverte que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação dela nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das suas potencialidades. Aliás, afirma o CNJ, nesse aspecto, que “é preciso observar, também, que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades. Assim, é preciso garantir às mulheres condições materiais dignas, promover a eliminação de todas as formas de racismo, discriminação racial, colonialismo, neocolonialismo, agressão, ocupação estrangeira e dominação e interferência nos assuntos internos dos Estados é essencial para o pleno exercício dos direitos do homem e da mulher” (CNJ, 2021).

Vários fatores são fortemente relacionados com a violência de gênero, como o menor *status* socioeconômico, pouca escolaridade da mulher ou do parceiro íntimo (RURANGIRWA *et al.*, 2017), apoio social escasso e a dependência econômica e emocional da mulher. Esses aspectos são mais impactantes nos países em desenvolvimento, nos quais predominam maior desigualdade social, dificuldades e deficiências de atenção na saúde pública e maior assimetria de gênero. As evidências são robustas quanto ao papel preeminente da desigualdade social, da pobreza, da dependência financeira e do desemprego como fatores associados com a VG. A menor renda da mulher também confere ao fenômeno da violência um significado por estratificação social, enquanto a maior autonomia econômica pode funcionar como fator protetor ou redutor para VG. O recorte de raça importa para a sujeição da mulher à VG, sobretudo para as mulheres negras e de minorias étnico-raciais (KOCH *et al.*, 2016; HALPERN-MEEKIN *et al.*, 2019; BESSA *et al.*, 2022). Essas são mulheres ainda mais vulneráveis, representando quase 70% dos casos atendidos nos serviços de emergência brasileiros (GARCIA; SILVA, 2018).

Portanto, no enfrentamento da violência contra a mulher, como afirma o CNJ, é imprescindível a adoção de políticas públicas e programas sociais hábeis para promover e garantir “a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos”, sobretudo diante da “grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, a importância social da maternidade e a função dos pais na família e na educação dos filhos”. E, nesse documento indispensável para a aplicação da legislação nacional sob a ótica da perspectiva de gênero, é afirmado que “o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação”, que “a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto”, que é imprescindível “modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família para alcançar a plena igualdade entre o homem” e que é necessário adotar medidas “a fim de suprimir essa discriminação em todas as suas formas e manifestações” (CNJ, 2021).

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decididamente, para garantir que as mulheres vivam de forma plena e livre de qualquer tipo de violência, inclusive para que possam optar livremente pela gravidez e gestar e parir com segurança, no pleno exercício de sua dignidade e de todos os seus direitos, não basta filosofar, proclamar direitos e editar leis. É preciso agir, com efetividade, promovendo a transformação social, implantando políticas públicas emancipatórias, desenvolvendo programas que garantam o exercício da autonomia, enfrentando a ideologia patriarcal, preparando os serviços públicos para o acolhimento integral, formando adequadamente profissionais, afastando paradigmas do modelo hegemônico fundado em preconceitos, prejulgamentos e estereótipos de gênero, assegurando a assistência pré-natal, inclusive como espaço seguro e estratégico para identificar situações de violência na gestação, assegurando condições de igualdade material para as mulheres, debelando a pobreza, as desigualdades e a discriminação racial étnica e de gênero, garantido a eficácia de medidas protetivas e, se necessário, punindo os agressores e promovendo a reparação de todos os danos, sempre com absoluto respeito aos compromissos internacionais assumidos no âmbito normativo e vinculante do sistema de proteção dos direitos humanos. Enfim, como diria Drummond, “as leis não bastam; os lírios não nascem da lei”.

13. REFERÊNCIAS

- ABALOS, Edgardo; CUESTA, Cristina; GROSSO, Ana L.; CHOU, Doris; SAY, Lale. Global and regional estimates of preeclampsia and eclampsia: A systematic review. *European Journal of Obstetrics and Gynecology and Reproductive Biology*, v. 170, n. 1, p. 1-7, 2013. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/23746796/]. Acesso em: 20.01.2023.
- AL-TAWIL, Namir Ghanim. Association of violence against women with religion and culture in Erbil Iraq: a cross-sectional study. *BMC Public Health*, v. 12, n. 1, p. 800, 2012. Disponível em: [https://bmcpubhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-12-800]. Acesso em: 24.01.2023.
- AUDI, Celene Aparecida Ferrari; SEGALL-CORRÊA, Ana M.; SANTIAGO, Silvia M.; ANDRADE, Maria da Graça G.; PÉREZ-ESCAMILLA, Rafael. Violence against pregnant women: prevalence and associated factors. *Revista de Saúde Pública*, v. 42, n. 5, p. 877-885, 2008. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18695785/]. Acesso em: 20.01.2023.
- BACCHUS, Loraine; MEZEY, Gill; BEWLEY, Susan. A qualitative exploration of the nature of domestic violence in pregnancy. *Violence Against Women*, v. 12, n. 6, p. 588-604, 2006. Disponível em: [https://doi.org/10.1177/1077801206289131]. Acesso em: 24.01.2023.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Sociedade e Estado*, v. 29, n. 2, p. 449-469, 2014. Disponível em: [http://scielo.br/j/se/a/QDj3qKFjdHLjPXmvFZGsrLq/]. Acesso em: 20.01.2023.
- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 2, n. 5, p. 5-24, 1994.

- BERTOLOZZI, Maria Rita; FRACOLLI, Lislaine Aparecida; O trabalho em saúde e o processo de produção. In: EGRY, Emiko Yoshikawa (Org.). *Necessidades em saúde na perspectiva da atenção básica* – Guia para pesquisadores. São Paulo: Dedone, 2008. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/308426/mod_resource/content/1/LivroNecessidadesEmikoPORT_v2.pdf]. Acesso em: 02.11.2022.
- BESSA, Maria Misrelma Moura; DREZETT, Jefferson; ROLIM, Modesto; ABREU, Luiz Carlos de. Violence against women during pregnancy: sistematized revision. *Reprodução & Climatério*, v. 29, n. 2, p. 71-79, 2014. Disponível em: [https://sciencedirect.com/science/article/pii/S1413208714000466]. Acesso em: 24.01.2023.
- BESSA, Maria Misrelma Moura; DREZETT, Jefferson; SOUZA JUNIOR, Hugo Macedo Ferraz e; ADAMI, Fernando; BEZERRA, Italla Maria Pinheiro; ABREU, Luiz Carlos de. Physical and sexual violence during pregnancy in the northeastern backlands of Brazil: a cross-sectional study. *Human Reproduction Archives*, v. 37, p. e000321, 2022. Disponível em: [https://humanreproductionarchives.com/article/doi/10.4322/hra.000321]. Acesso em: 24.01.2023.
- BO, Marco; CANAVESE, Antonella; MAGNANO, Laura; RONDANA, Alice; CASTAGNA, Paola; GINO, Sarah. Violence against pregnant women in the experience of the rape centre of Turin: Clinical and forensic evaluation. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, v. 76, p. 102071, 2020. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33075742/]. Acesso em: 20.01.2023.
- CHASWEKA, Robert; CHIMWAZA, Angela; MALUWA, Alfred. Isn't pregnancy supposed to be a joyful time? A cross-sectional study on the types of domestic violence women experience during pregnancy in Malawi. *Malawi Medical Journal*, v. 30, n. 3, p. 191-196, 2018. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30627355/]. Acesso em: 20.01.2023.
- COKER, Ann L.; SANDERSON, Maureen; DONG, Beili. Partner violence during pregnancy and risk of adverse pregnancy outcomes. *Paediatric and Perinatal Epidemiology*, v. 18, n. 4, p. 260-269, 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1365-3016.2004.00569.x]. Acesso em: 24.01.2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. 24p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*. Brasília (DF): Conselho Nacional de Justiça e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; 2021.
- COOK, Rebecca; DICKENS, Bernard; FATHALLA, Mahmoud. *Saúde reprodutiva e direitos humanos: integrando medicina, ética e direito*. Rio de Janeiro: CEPIA, 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 101 páginas. Disponível em: [https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Caso-Cabrera-Garcia-y-Montiel-Flores-vs-Mexico-camponeses-ecologistas.pdf]. Acesso em: 30.01.2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Reparaciones y Costas. Disponível em: [https://summa.cejil.org/pt/entity/klx4o47bdkzhyqfr]. Acesso em: 30.01.2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Mérito e Reparaciones. 83p. Disponível em: [https://cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf]. Acesso em: 30.01.2023.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- DIKMEN, Hacer Alan; ÇANKAYA, Seyhan. The effect of exposure to sexual violence on sexual dysfunction and sexual distress in pregnant women. *The Journal of Sexual Medicine*, v. 17, n. 12, p. 2394-2407, 2020. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33199238/]. Acesso em: 03.12.2022.
- DURAND, Julia Garcia; SCHRAIBER, Lilia Blima. Violência na gestação entre usuárias de serviços públicos de saúde da Grande São Paulo: Prevalência e fatores associados. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 10, n. 3, p. 310-322, 2007. Disponível em: [https://scielo.br/j/rbepid/a/M9jYHR4DK8xskdxX7BLdvpD/]. Acesso em: 20.01.2023.
- FERRI, Cleusa P.; MITSUHIRO, Sandro S.; BARROS, Marina C.; CHALEM, Elisa; GUINSBURG, Ruth; PATEL, Vikram; PRINCE, Martin; LARANJEIRA, Ronaldo. The impact of maternal experience of violence and common mental disorders on neonatal outcomes: A survey of adolescent mothers in Sao Paulo, Brazil. *BMC Public Health*, v. 7, n. 1, p. 209, 2007. Disponível em: [https://bmcpublihealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-7-209]. Acesso em: 20.01.2023.
- FINNBOGADÓTTIR, Hafrún; DYKES, Ana-Karin; WANN-HANSSON, Cristine. Prevalence and incidence of domestic violence during pregnancy and associated risk factors: a longitudinal cohort study in the south of Sweden. *BMC Pregnancy and Childbirth*, v. 16, n. 1, p. 1-10, 2016. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27530993/]. Acesso em: 24.01.2023.
- FIOROTTI, Karina Fardin; AMORIM, Maria Helena Costa; LIMA, Eliane de Fátima Almeida; PRIMO, Cândida Caniçali; MOURA, Maria Aparecida Vasconcelos; LEITE, Franciele Marabotti Costa. Prevalência e fatores associados à violência doméstica: Estudo em uma maternidade de alto risco. *Texto & Contexto – Enfermagem*, v. 27, n. 3, p. 1-11, 2018. Disponível em: [https://scielo.br/j/tce/a/TnLbjRmxHCkMSgSMdWN3Qt/abstract/?lang=pt]. Acesso em: 24.01.2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. 14. ed. Brasília, 2020. 332p. Disponível em: [https://forumseguranca.org.br/anuario-14/]. Acesso em: 11.01.2023.
- GARCIA, Leila Posenato; SILVA, Gabriela Drummond Marques da. Violência por parceiro íntimo: Perfil dos atendimentos em serviços de urgência e emergência nas capitais dos estados brasileiros, 2014. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 34, n. 4, 2018. Disponível em: [https://scielo.br/j/csp/a/WgZw9hx8DNkMS749sR4zcQw/?lang=pt]. Acesso em: 24.01.2023.
- GASPAR, Renato Simões; PEREIRA, Marina Uchoa Lopes. Evolução da notificação de violência sexual no Brasil de 2009 a 2013. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 34, n. 11, p. e00172617, 2018. Disponível em: [https://scielo.br/j/csp/a/GbLMSNYQxgFYXmKHBjn4f4d/]. Acesso em: 20.01.2023.
- GÜRKAN, Özlem Can; EKŞİ, Zübeyde; DENİZ, Derya; ÇIRÇIR, Hasan. The influence of intimate partner violence on pregnancy symptoms. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 35, n. 3-4, p. 523-541, 2020. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30049233/]. Acesso em: 20.01.2023.
- HALPERN-MEEKIN, Sarah; COSTANZO, Molly; EHRENTAL, Deborah; RHOADES, Galena. Intimate partner violence screening in the prenatal period: variation by state, insurance, and patient characteristics. *Maternal and Child Health Journal*, v. 23, n. 6, p. 756-767, 2019. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30600519/]. Acesso em: 24.01.2023.

- HOANG, Thanh N.; VAN, Toan Ngo; GAMMELTOFT, Tine; MEYROWITSCH, Dan W.; THUY, Hanh Nguyen Thi; RASCH, Vibeke. Association between intimate partner violence during pregnancy and adverse pregnancy outcomes in Vietnam: a prospective cohort study. *PLoS ONE*, v. 11, n. 9, p. e0162844, 2016. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/27631968/]. Acesso em: 24.01.2023.
- HYDE, Janet Shibley; MEZULIS, Amy H.; ABRAMSON, Lyn Y. The ABCs of depression: Integrating affective, biological, and cognitive models to explain the emergence of the gender difference in depression. *Psychological Review*, v. 115, n. 2, p. 291-313, 2008. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18426291/]. Acesso em: 11.11.2022.
- JANSSEN, Patricia A.; HOLT, Victoria L.; SUGG, Nancy K.; EMANUEL, Irvin; CRITCHLOW, Cathy M.; HENDERSON, Angela D. Intimate partner violence and adverse pregnancy outcomes: A population-based study. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, v. 188, n. 5, p. 1341-1347, 2003. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12748509/]. Acesso em: 24.01.2023.
- JOHNSON, J. K.; HAIDER, F.; ELLIS, K.; HAY, D. M.; LINDOW, S. W. The prevalence of domestic violence in pregnant women. *British Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 110, n. 3, p. 272-275, 2003. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12628266/]. Acesso em: 20.01.2023.
- KARAM, Maria Lucia. *Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KARAOGU, Leyla; CELBIS, Osman; ERCAN, Cihan; ILGAR, Mehtap; PEHLIVAN, Erkan; GUNES, Gulsen; GENC, Metin F.; EGRI, Mucahit. Physical, emotional and sexual violence during pregnancy in Malatya, Turkey. *European Journal of Public Health*, v. 16, n. 2, p. 149-156, 2006. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16157613/]. Acesso em: 10.01.2023.
- KAYE, Dan K.; MIREMBE, Florence M.; BANTEBYA, Grace; JOHANSSON, Annika; EKSTROM, Anna Mia. Domestic violence during pregnancy and risk of low birthweight and maternal complications: a prospective cohort study at Mulago Hospital, Uganda. *Tropical Medicine & International Health*, v. 11, n. 10, p. 1576-1584, 2006. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17002732/]. Acesso em: 20.01.2023.
- KHOSLA, Anju Huria; DUA, Deepti; DEVI, Lajya; SUD, Shyam Sunder. Domestic violence in pregnancy in North Indian women. *Indian Journal of Medical Sciences*, v. 59, n. 5, p. 195-199, 2005. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15985727/]. Acesso em: 28.11.2022.
- KOCH, Abigail R.; ROSENBERG, Deborah; GELLER, Stacie E. Higher risk of homicide among pregnant and postpartum females aged 10-29 years in Illinois, 2002-2011. *Obstetrics & Gynecology*, v. 128, n. 3, p. 440-446, 2016. Disponível em: [https://journals.lww.com/greenjournal/Abstract/2016/09000/Higher_Risk_of_Homicide_Among_Pregnant_and.5.aspx]. Acesso em: 24.01.2023.
- LEUNG, W. C.; LEUNG, T. W.; LAM, Y. Y.; HO, P. C. The prevalence of domestic violence against pregnant women in a Chinese community. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, v. 66, n. 1, p. 23-30, 1999. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10458546/>. Acesso em: 20.01.2023.
- MARTIN-DE-LAS-HERAS, Stella; VELASCO, Casilda; LUNA-DEL-CASTILLO, Juan de Dios; KHAN, Khalid S. Maternal outcomes associated to psychological and physical

- intimate partner violence during pregnancy: A cohort study and multivariate analysis. *PLoS ONE*, v. 14, n. 6, p. e0218255, 2019. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31194820/]. Acesso em: 20.01.2023.
- MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Método; 2019.
- MENEZES, Telma Cursino; AMORIM, Melania Maria Ramos; SANTOS, Luiz Carlos; FAÚNDES, Aníbal. Violência física doméstica e gestação: resultados de um inquérito no puerpério. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, v. 25, n. 5, p. 309-316, 2003. Disponível em: [https://scielo.br/j/rbgo/a/kVWCjYjgdP6649zn6hwTrwm/]. Acesso em: 20.01.2023.
- MOHAMMADHOSSEINI, E.; SAHRAEAN, L.; BAHRAMI, T. Domestic abuse before, during and after pregnancy in Jahrom, Islamic Republic of Iran. *Eastern Mediterranean Health Journal*, v. 16, n. 7, p. 752-758, 2010. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/handle/10665/117968]. Acesso em: 24.01.2023.
- MONTEIRO, Claudete Ferreira de Souza; COSTA, Neyla Shirlene Santos; NASCIMENTO, Patrícia Samara Veras; AGUIAR, Yara Amorim de. A violência intra-familiar contra adolescentes grávidas. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 60, n. 4, p. 373-376, 2007. Disponível em: [https://scielo.br/j/reben/a/vkX9Vy6d4Qb9NpGVHSGtC9q/]. Acesso em: 20.01.2023.
- MONTEIRO, Mario Francisco Giani; ROMIO, Jackeline Aparecida Ferreira; DREZETT, Jefferson. Is there race/color differential on femicide in Brazil? The inequality of mortality rates for violent causes among white and black women. *Journal of Human Growth and Development*, v. 31, n. 2, p. 358-366, 2021. Disponível em: [https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/jhgd/article/view/12257]. Acesso em: 24.01.2023.
- MORAES, Claudia Leite; ARANA, Flávia Dias Nogueira; REICHENHEIM, Michael Eduardo. Violência física entre parceiros íntimos na gestação como fator de risco para a má qualidade do pré-natal. *Revista de Saúde Pública*, v. 44, n. 4, p. 667-676, 2010. Disponível em: [http://scielo.br/j/rsp/a/yKvLdLVgNbJc9STZcg7tGrP/?lang=pt]. Acesso em: 24.01.2023.
- MORAES, Claudia Leite; REICHENHEIM, Michael Eduardo. Domestic violence during pregnancy in Rio de Janeiro, Brazil. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, v. 79, n. 3, p. 269-277, 2002. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12446000/]. Acesso em: 20.01.2023.
- NAGHIZADEH, Somayyeh; MIRGHAFORVAND, Mojgan; MOHAMMADIRAD, Roghaye. Domestic violence and its relationship with quality of life in pregnant women during the outbreak of COVID-19 disease. *BMC Pregnancy and Childbirth*, v. 21, n. 1, p. 88, 2021. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33509103/]. Acesso em: 20.01.2023.
- OKADA, Márcia Massumi; HOGA, Luiza Akiko Komura; BORGES, Ana Luiza Vilela; AL-BUQUERQUE, Rosemeire Sartori de; BELLI, Maria Aparecida. Violência doméstica na gravidez. *Acta Paulista de Enfermagem*, v. 28, n. 3, p. 270-274, 2015. Disponível em: [https://acta-ape.org/en/article/domestic-violence-against-pregnant-women/]. Acesso em: 20.01.2023.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 1979. Disponível em: [http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm]. Acesso em: 11.10.2022.

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*. Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos; 1994. Disponível em: [https://camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_interamericana_para_erradicar_a_violencia_contra_a_mulher.htm]. Acesso em: 11.10.2022.
- PEEDICAYIL, Abraham; SADOWSKI, Laura S.; JEYASEELAN, Lakshman; SHANKAR, Viswanathan; JAIN, Dipty; SURESH, Saradha; BANGDIWALA, Shrikant I. The I. Spousal physical violence against women during pregnancy. *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, v. 111, n. 7, p. 682-687, 2004. Disponível em: [<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15198758/>]. Acesso em: 24.01.2023.
- PIRES, Maria Raquel Moretti; LOCATELLI, Tadeu Zomer; ROJAS, Paulo Fernando Brum; LINDNER, Sheila Rubia; BOLSONI, Carolina Carvalho; COELHO, Elza Berger Salema. Prevalência e os fatores associados da violência psicológica contra gestantes em capital no sul do Brasil. *Saúde & Transformação Social*, v. 8, n. 1, p. 29-39, 2017. Disponível em: [<https://redalyc.org/pdf/2653/265351592005.pdf>]. Acesso em: 14.12.2022.
- PORTUGAL. *Diário da Assembleia da República*. 2ª série; 1985.
- PURI, Mahesh; FROST, Melanie; TAMANG, Jyotsna; LAMICHHANE, Prabhat; SHAH, Iqbal. The prevalence and determinants of sexual violence against young married women by husbands in rural Nepal. *BMC Research Notes*, v. 5, p. 1-13, 2012. Disponível em: [<https://ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3474176/>]. Acesso em: 24.01.2023.
- ROOIJEN, Martijn S. van; LOEFF, Maarten F. Schim van der; KEMPEN, Loes van; VRIES, Henry J. C. de. Sexually transmitted infection positivity rate and treatment uptake among female and male sexual assault victims attending the Amsterdam STI clinic between 2005 and 2016. *Sexually Transmitted Diseases*, v. 45, n. 8, p. 534, 2018. Disponível em: [https://journals.lww.com/stdjournal/Fulltext/2018/08000/Sexually_Transmitted_Infection_Positivity_Rate_and.7.aspx]. Acesso em: 24.01.2023.
- RURANGIRWA, Akashi Andrew; MOGREN, Ingrid; NTAGANIRA, Joseph; KRANTZ, Gunilla. Intimate partner violence among pregnant women in Rwanda, its associated risk factors and relationship to ANC services attendance: a population-based study. *BMJ Open*, v. 7, n. 2, p. e013155, 2017. Disponível em: [<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28399509/>]. Acesso em: 20.01.2023.
- SAFFIOTI, Heleith. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- SANTOS, Pâmela Antoniazzi dos; MADI, José Mauro; SILVA, Emerson Rodrigues da; VERGANI, Daiane de Oliveira Pereira; ARAÚJO, Breno Fauth de; GARCIA, Rosa Maria Rahmi. Gestational diabetes in the population served by brazilian public health care. Prevalence and risk factors. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, v. 42, n. 1, p. 12-18, 2020. Disponível em: [<https://scielo.br/j/rbgo/a/SyR4qTWs9jmP958X8szXSrd/>]. Acesso em: 20.01.2023.
- SANTOS, Simone Agadir; LOVISI, Giovanni Marcos; VALENTE, Cristina C. B.; LEGAY, Letícia; ABELHA, Lucia. Violência doméstica durante a gestação: um estudo descritivo em uma unidade básica de saúde no Rio de Janeiro. *Caderno de Saúde Coletiva*, v. 18, n. 4, p. 483-493, 2010. Disponível em: [<https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-593710>]. Acesso em: 20.01.2023.
- SCHRAIBER, Lilia Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; FRANÇA JUNIOR, Ivan. Violência sexual por parceiro íntimo entre homens e mulheres no Brasil urbano, 2005.

- Revista de Saúde Pública*, v. 42, suppl 1, p. 127-137, 2008. Disponível em: [https://scielo.br/j/rsp/a/J5yLFXNgh57dBBkpwMrcWL/]. Acesso em: 20.01.2023.
- SCHRAIBER, Lília Blima; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; HANADA, Heloísa; KISS, Ligia. Assistência a mulheres em situação de violência – da trama de serviços à rede inter-setorial. *Athena Digital*, v. 12, n. 3, p. 237-254, 2012. Disponível em: [https://atheneadigital.net/article/view/v12-n3-schraiber-pires-hanada-et al]. Acesso em: 10.10.2022.
- SILVA, Elisabete Pereira; LUDERMIR, Ana Bernarda; ARAÚJO, Thália Velho Barreto de; VALONGUEIRO, Sandra Alves. Frequência e padrão da violência por parceiro íntimo antes, durante e depois da gravidez. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 6, p. 1044-1053, 2011. Disponível em: [https://scielo.br/j/rsp/a/LFwbHftVGXZX5yVfyDDmWX]/abstract/?lang=pt]. Acesso em: 24.01.2023.
- SOUZA, Flavia Bello Costa de; DREZETT, Jefferson; MEIRELLES, Alcina de Cássia; RAMOS, Denise Gimenez. Aspectos psicológicos de mulheres que sofrem violência sexual. *Reprodução & Climatério*, v. 27, n. 3, p. 98-103, 2012. Disponível em: [https://sciedirect.com/science/article/pii/S141320871300006X]. Acesso em: 24.01.2023.
- STÖCKL, Heidi; WATTS, Charlotte; MBWAMBO, Jessie Kazeni Kilonzo. Physical violence by a partner during pregnancy in Tanzania: prevalence and risk factors. *Reproductive Health Matters*, v. 18, n. 36, p. 171-180, 2010. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21111361/]. Acesso em: 30.10.2022.
- TAFT, Angela J.; WATSON, Lyndsey F. Depression and termination of pregnancy (induced abortion) in a national cohort of young Australian women: the confounding effect of women's experience of violence. *BMC Public Health*, v. 8, n. 1, p. 75, 2008. Disponível em: [https://doi.org/10.1186/1471-2458-8-75]. Acesso em: 24.01.2023.
- VALLADARES, Eliette; PEÑA, Rodolfo; PERSSON, Lars Ake; HÖGBERG, Ulf. Violence against pregnant women: prevalence and characteristics. A population-based study in Nicaragua. *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, v. 112, n. 9, p. 1243-1248, 2005. Disponível em: [https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/16101603/]. Acesso em: 20.01.2023.
- VIELLAS, Elaine Fernandes; GAMA, Silvana Granado Nogueira da; CARVALHO, Márcia Lazaro de; PINTO, Liana Wernersbach. Factors associated with physical aggression in pregnant women and adverse outcomes for the newborn. *Jornal de Pediatria*, v. 89, n. 1, p. 83-90, 2013. Disponível em: [https://sciedirect.com/science/article/pii/S225553613000141]. Acesso em: 24.01.2023.
- VILLELA, Wilza V.; LAGO, Tânia. Conquistas e desafios no atendimento das mulheres que sofreram violência sexual. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 471-475, 2007. Disponível em: [http://scielo.br/j/csp/a/5qT8C38hBFgXT4hpM4TrcPL/?lang=pt]. Acesso em: 24.01.2023.
- WASELISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015 – Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: FLACSO, 2015. Disponível em: [http://mapadaviolencia.org.br/pdf2015/Mapa-Violencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 20.01.2023.
- WESENDONCK, Tula. O dano existencial nas jurisprudências italiana e brasileira – Um estudo de direito comparado. *Revista AJURIS*, v. 26, n. 75, p. 327-356, 2011.
- 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: World Health Organization, 2013. 58p. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/handle/10665/85239]. Acesso em: 20.01.2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *WHO multi-country study on women's health and domestic violence against women: initial results on prevalence, health outcomes and women's responses*. Geneva: World Health Organization, 2005. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43309/924159358X_eng.pdf]. Acesso em: 20.01.2023.

14. LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1988. Disponível em: [https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm?_C2%A74%C2%BA,_da_cf/88]. Acesso em: 20.01.2023.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1990.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2006.

BRASIL. Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2009.

BRASIL. Lei 13.931, de 10 de dezembro de 2019. Altera a Lei n. 10.778, de 24 de novembro de 2003, para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher. *Diário Oficial da União*, Brasília, 2019.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça restaurativa no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher: potencialidades e riscos a partir de uma perspectiva feminista, de Lucas César Costa Ferreira – *RBCCrim* 150/515-538;
- Aborto legal no Brasil: contraofensivas e o avanço da violência sobre mulheres, meninas e pessoas que gestam, de Fernanda Martins e Carmen Hein de Campos – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 29;
- Autoritarismo e racismo: as estruturas que mataram, mutilaram e subjugaram as mulheres no Brasil em 2018, de Soraia da Rosa Mendes – *RT* 998/399-426;
- E quando a vítima é a mulher? Uma análise crítica do discurso das principais obras de direito penal e a violência simbólica no tratamento das mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual, de Julia Maurmann Ximenes, Soraia da Rosa Mendes e Rodrigo Chia – *RBCCrim* 130/349-367;
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404;
- Justiça restaurativa e psicanálise: o sujeito do inconsciente em grupos de homens acusados de violência contra mulheres, de Nelson da Silva Junior, Paulo Ferrareze Filho e Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena – *RBCCrim* 196/67-91;
- "Não me vejo na palavra fêmea, alvo de caça, conformada vítima": a insuficiência da narrativa estatal perante as demandas de violência doméstica, de Laura Gigante Albuquerque e Dominique Assis Goulart – *RBCCrim* 150/481-513; e
- Violência contra a mulher indígena: a problemática do efetivo e adequado acesso à justiça, de Isabella Nascimento Macedo e Clodoaldo Moreira dos Santos Júnior – *RDT* 196/87-110.

RACISMO, NECROPODER E A NORMALIZAÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL

*RACISM, NECROPOWER AND THE
NORMALIZATION OF POLICE LETHALITY*

LARISSA KAROLINE PEREIRA



Assista agora aos
comentários dos autores
para este artigo

Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2022). Especialista em Educação em Direitos Humanos pelo Instituto Federal de São Paulo (2022), Campus Piracicaba, e Especialista em Advocacia Extrajudicial pela Faculdade Legale Educacional (MBA) em 2020. Possui graduação em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (2017). Na seara profissional é advogada autônoma atuante nas Comissões de Direitos Humanos e da Criança e do Adolescente da OAB Piracicaba – 8ª Subseção. Como acadêmica do curso de Direito, atuou em projetos de extensão universitária assumindo a formação de agentes comunitários em Direitos Humanos e Justiça, entre eles o Projeto RONDON. Estagiou na Justiça Federal de Piracicaba, Fórum Estadual de São Paulo, e Representação Jurídica da Caixa Econômica Federal. Atualmente é membro do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas, Sustentabilidade e Proteção de Vulneráveis (CNPq/PUC-Campinas) e da comissão da Revista Científica da PUC-Campinas (*Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*).
Lattes: [lattes.cnpq.br/6060134457599900].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2383-0587].
lariissa_kp@hotmail.com

JOSUÉ MASTRODI

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6635472231072927].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-4834-0170].
mastrodi@puc-campinas.edu.br

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10724997].

Recebido em: 22.12.2022

Aprovado em: 19.06.2023

Última versão dos autores: 19.07.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Apesar de transcorridos 135 anos da abolição da escravidão no Brasil, ainda hoje as desigualdades sociais têm por causa, em grande parte, a questão racial: ao mesmo tempo em que possuem menos acesso a moradia, empregos e educação, os negros sofrem em muito maior medida com marginalização, encarceramento, violência policial e homicídios, especialmente os jovens. Essa violência socialmente normalizada permite levantar a hipótese de que inexistente interesse público na promoção de direitos ou na proteção das pessoas negras; para além disso, que há uma política voltada à sua subalternização, caracterizando os negros como corpos matáveis, excluindo-os das políticas públicas, como se não pertencessem à sociedade. A esse tipo de prática social promovida por órgãos de Estado é dado o nome de necropolítica. Esta pesquisa tem por objetivo analisar a necropolítica contra a juventude negra. Buscaremos tratar o conceito de necropolítica, visando a demonstrar que o Estado se vale do racismo como forma de dominação para determinar políticas de vida e morte contra a população negra. O Estado se faz presente aos negros na forma de opressão institucionalizada, especialmente na forma policial. Ao final, pretende-se demonstrar que existe uma letalidade protagonizada pelo Estado que, valendo-se do biopoder, extermina vidas negras.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – Necropolítica – Necropoder – Racismo – Letalidade policial.

ABSTRACT: Despite the fact that 135 years have passed since the abolition of slavery in Brazil, social inequalities are still largely caused by race: while they have less access to housing, jobs and education, Blacks suffer to a much greater extent from marginalization, incarceration, police violence and homicides, especially among young people. This socially normalized violence allows us to hypothesize that there is no public interest in promoting rights or protecting Black people; moreover, that there is a policy aimed at their subordination, characterizing Black people as killable bodies, excluding them from public policies, as if they did not belong to society. This type of social practice promoted by State agencies is called necropolitics. This research aims to analyze necropolitics for Black youth. We will seek to treat the concept of necropolitics, aiming to demonstrate that the State uses racism as a form of domination to determine life and death policies for the Black population. The State makes itself present to Black people in the form of institutionalized oppression, especially in the form of the police. In the end, we intend to demonstrate that there is a lethality played by the State that, using biopower, exterminates Black lives.

KEYWORDS: Human Rights – Necropolitics – Necropower – Racism – Police lethality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Necropolítica e necropoder. 3. A letalidade policial e os corpos “sacrificáveis”. 4. A naturalização da letalidade policial contra jovens negros. 5. A realidade genocida em números. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas. 8. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Brasil foi o país que mais comercializou pessoas negras no mundo. Durante o período escravocrata foram desembarcados, ao longo de mais de três séculos, cerca de 4,86 milhões² de negros africanos, violentamente trazidos ao país, que foi o último do mundo a abolir a escravidão.

Em que pese a escravatura ter sido oficialmente abolida em 1888, apenas houve uma mudança na forma de dominação, pois os negros, sem posses e sem renda, continuaram realizando trabalhos desumanos e quase sem remuneração que, somado aos fatores como o racismo e a marginalização socioeconômica, fez com que permanecessem subalternizados, submetidos a uma espécie de “escravidão moderna” que se estende até os dias atuais, mantendo-os como grupo socialmente excluído e historicamente discriminado. Ainda hoje, as desigualdades sociais se apresentam nas mais diversas esferas, como saúde, educação, emprego e acesso à justiça.

Este artigo tem como objetivo fomentar discussões acerca da letalidade policial praticada pelo Estado brasileiro, tendo como principal chave de leitura a raça, uma vez que, com base em Achille Mbembe (2018a), a política de morte, também chamada de necropolítica, é sustentada na subalternidade reservada aos negros.

De acordo com Mbembe, a estrutura social transformou o Estado em uma máquina de guerra, que utiliza do racismo para reproduzir e retroalimentar o imaginário sobre os sujeitos e como eles vão se relacionar. Então, a *tecnologia de governo* (MBEMBE, 2018a, p. 75) utilizada para garantir o poder tem fundamento na necropolítica, que se manifesta ativa ou passivamente, mas sempre com violência e traumas.

A hipótese levantada por Mbembe, de uma política de morte voltada a grupos vulnerabilizados, parece ser comprovada na realidade dos países periféricos em geral, e do Brasil em particular.

Inicialmente, estudaremos o conceito de necropolítica em Achille Mbembe para que, com base no conceito apresentado, possamos transpô-lo para a nossa realidade, analisando quem são os sujeitos passivos da necropolítica utilizando, para tanto, dados estatísticos apresentados pelo DataSUS, pelo Mapa da Violência e pelo Atlas da Violência, que demonstram a política de morte imposta à juventude negra e revelam que os corpos marcados para a morte são majoritariamente negros, moradores de bairros periféricos e com baixa escolaridade.

Importante ressaltar que os dados utilizados neste artigo não foram dados selecionados por meio de recorte metodológico específico. São os dados que existem a respeito de raça, racismo e letalidade policial.

1. Agradecemos as contribuições das professoras Dra. Fernanda da Silva Lima (UNESC) e Dra. Fernanda Carolina de Araújo Ifanger (PUCCAMP) por todos os apontamentos realizados nas versões anteriores deste texto, bem como pelos direcionamentos dados pelos pareceristas desta Revista, que elevaram o nível deste artigo e o abrilhantaram.
2. De acordo com o SLAVEVOYAGES. *The Transatlantic Slave Trade Database*. Disponível em: [www.slavevoyages.org/voyage/database#tables]. Acesso em: 03.12.2021.

Uma vez que o racismo é estrutural e serve para manter desigualdades raciais que privilegiam determinado grupo dominante, não interessa ao Estado apresentar dados que lhe imputem discriminação racial e, pior, letalidade policial. Portanto, os dados nesta pesquisa utilizados são os dados existentes e, portanto, os únicos possíveis de serem apresentados. No entanto, mesmo estes dados, ainda que sejam superficiais, falhos e limitados, apontam para o necropoder praticado pelo Estado.

Parte-se da hipótese de que o racismo *direciona* a necropolítica praticada pelo Estado por meio da letalidade policial. Pretende-se demonstrar que existe uma letalidade protagonizada pelo Estado que, valendo-se do necropoder, extermina vidas negras.

Ainda que a necropolítica abranja tanto as ações e omissões estatais e sociais pelas quais um grupo dominado é *deixado para morrer*, o corte epistemológico adotado neste artigo põe foco sobre as ações efetivas estatais e institucionais que visam a promover a morte do grupo dominado. Assim, procuramos tratar da necropolítica no seu sentido ativo de matar, de ações no sentido de exterminar a minoria que, nesta pesquisa, são os jovens negros e periféricos.

Desse modo, a pesquisa se volta à letalidade policial, na forma como as forças policiais deliberadamente exercem violência contra um grupo que, em tese e segundo o Estado de Direito, deveria ser servido e protegido, e não visto e tratado como inimigo.

A abordagem metodológica é feita por meio da coleta de material que fundamenta o estudo, por levantamento bibliográfico, documental e estatístico realizado em livros, teses, artigos científicos, preferencialmente indexados nas bases de dados Scopus, SciELO e Portal de Periódicos da CAPES, legislação e outras fontes confiáveis.

Espera-se que, ao final, possamos entender como o racismo, que estrutura nossa sociedade, é elemento essencial da necropolítica que o Estado brasileiro aplica à população negra, por meio da normalização da letalidade policial.

2. NECROPOLÍTICA E NECROPODER

Achille Mbembe cunhou os conceitos de *necropolítica* e *necropoder* por entender que a concepção foucaultiana de biopoder é insuficiente para dar conta da forma contemporânea de subjugação da vida ao poder da morte (MBEMBE, 2018a, p. 135). Mbembe usa os dois conceitos para explicar como as armas de fogo são dispostas com o objetivo de provocar a destruição máxima das pessoas e criar o mundo de morte.

De acordo com Mbembe (2018a), necropolítica é o poder de ditar quem pode viver e quem *deve* morrer. Trata-se da gestão populacional sobre quem deve morrer e, segundo o autor, o poder gesta a morte dos corpos matáveis.

Mas quem deve morrer? A morte de determinados corpos só se torna aceitável quando sobre eles é colocado, como ocorre com a população negra, um determinante racial, inferiorizante. Esse determinante toma forma a partir do racismo que, conforme defendido por Foucault, é uma tecnologia de poder, é um instrumento de controle e dominação nas relações de poder. De acordo com Mbembe (2018a, p. 18), “em termos foucaultianos, racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, ‘este velho

direito soberano de matar””. Dessa forma, o Estado usa o racismo para criar zonas de morte. O autor afirma que o racismo inventa inimigos e os elimina.

Ademais, Mbembe demonstra que os efeitos da escravidão e do colonialismo continuam presentes atualmente nos países periféricos. Além disso, Mbembe supera o conceito Schmittiano sobre quem é o soberano. Para o autor alemão, soberano é quem pode decidir sobre o Estado de Exceção. Entretanto, para Mbembe (2018a), Soberano é a qualidade de quem exerce o controle sobre a mortalidade e define a vida como implementação e/ou manifestação do poder. Em outras palavras, Soberano é quem exerce o poder da morte sobre o direito à vida, Soberano é quem determina quem deve morrer.

Mbembe (2018a) entende como morte não apenas a morte do corpo físico, mas também a morte social, a expulsão de um grupo étnico da humanidade. A este grupo são renegados direitos e inclusive o direito à própria humanidade.

Se, para Foucault, o Estado nazista era exemplo da fusão entre morte e política, a síntese mais completa entre “Estado racista, Estado homicida e Estado suicida” foi a experiência colonial. Como Aimé Césaire já nos advertiu, o assombro da Europa contra o nazismo decorre da percepção de que o assassinio e a tortura como prática política podem se repetir em território europeu, contra os brancos, e não apenas nos territórios colonizados, contra os povos “incivilizados”. Para Césaire (1978), no fim do capitalismo, desejo de sobreviver, há Hitler. No fim do humanismo formal e da renúncia filosófica, há Hitler.

O colonialismo dá, assim, ao mundo, um novo modelo de administração, que não se baseia no equilíbrio entre vida e morte, mas apenas no exercício da morte nas formas de colher a vida ou colocá-la em contato permanente com a morte. Não se trata unicamente do biopoder e nem da biopolítica quando se fala da vivência do colonialismo e do *apartheid*, mas daquilo que Achille Mbembe chama de necropoder e necropolítica (ALMEIDA, 2019, p. 117).

“O salto teórico de Mbembe na análise sobre a soberania acontece quando relaciona a noção de biopoder aos conceitos de estado de exceção e estado de sítio. Para Mbembe, ‘o estado de exceção e a relação de inimidade tornaram-se a base normativa do direito de matar’. O poder de matar opera com apelo à ‘exceção, à emergência e a uma noção ficcional do inimigo’, que precisam ser constantemente criadas e recriadas pelas práticas políticas” (ALMEIDA, 2019, p. 117-118).

A ligação entre política e terrorismo não é nova, mas é na colônia, submetida ao regime do *apartheid*, que segundo Mbembe (2018b), criou-se uma estranha formação terrorista que deu origem ao que os sociólogos chamam de necropolítica. Para ele, a característica mais original dessa formação terrorista é a combinação de biopoder, estado de emergência e estado de exceção, em que a raça é mais uma vez decisiva. Por meio do colonialismo, o mundo aprendeu a utilidade de práticas genocidas, tais como: a seleção de raças, a proibição de casamentos mistos, a esterilização forçada e até mesmo o extermínio dos povos vencidos foram inicialmente testados.

E é então que o necropoder se revela: nesse espaço onde o Estado de Direito é insuficiente, onde a lei estatal não pode subjugar o direito de matar, o que o antigo direito internacional chama de direito da guerra. A peculiaridade do terrorismo colonial é que ele não

surge diante de uma ameaça específica ou de uma guerra declarada. A guerra tem regras, a guerra tem limites. Mas e a ameaça de guerra? Quais são os limites da observação em uma emergência onde eu sei que estou perto da guerra e o inimigo está próximo? Não é nosso dever realizar um ataque preventivo para salvar a vida de nossos camaradas e restaurar a “paz”? Nesse espaço de dúvida, paranoia e delírio, prevalece o modelo colonial de terror. A iminência da guerra, a emergência do conflito e o estresse absoluto dão o tom para o mundo contemporâneo, no qual a vida está sujeita ao poder da morte (ALMEIDA, 2019, p. 120).

“Esta nova era é o da mobilidade global. Uma de suas principais características é que as operações militares e o exercício do direito de matar já não constituem o monopólio exclusivo dos Estados, e o ‘exército regular’ já não é o único meio de executar essas funções” (MBEMBE, 2018a, p. 52).

A própria “ocupação colonial” era uma questão de capturar, demarcar e afirmar o controle físico e geográfico – inscrevendo um novo conjunto de relações sociais e espaciais no terreno. Essa inscrição (territorialização) equivalia em suma à produção de fronteiras e hierarquias, de zonas e enclaves; subversão dos regimes de propriedade existentes; classificando as pessoas em diferentes categorias; extraindo de recursos; e, por fim, a produção de um vasto reservatório de imaginários culturais. Essa visão deu sentido a diferentes instituições de direitos para diferentes intentos, para diferentes categorias de pessoas em um mesmo espaço. Em suma, é o exercício da soberania. Assim, o espaço é a matéria-prima da soberania e da violência. Soberania significa ocupação, e ocupação significa relegar o colonizado em uma terceira zona, entre o status de sujeito e objeto (ALMEIDA, 2019).

Vistas do ponto de vista da escravidão ou da ocupação colonial, morte e liberdade estão irreversivelmente ligadas. Conforme anteriormente exposto, o terrorismo é característico dos estados escravistas e dos sistemas coloniais modernos. Ambos os sistemas são também exemplos e experiências específicas da ausência de liberdade. Morar em uma ocupação moderna é uma experiência dolorida permanente (MBEMBE, 2018a).

“Mas essa constelação será sempre trabalhada em maior detalhe por uma outra, conduzida por forças convencidas de que *o negro jamais encontrará paz, descanso ou liberdade na América*. E, para que surja seu gênio próprio, *ele deve emigrar*. Nessa constelação, a relação entre *liberdade e território é indissociável*. Não basta erigir instituições adequadas num contexto de segregação exacerbada, nem adquirir competência ou ganhar respeitabilidade, se o *direito de cidadania é fundamentalmente contestado, frágil e revogável*” (MBEMBE, 2018a, p. 59, grifo nosso).

A necropolítica se impõe, assim, como uma organização necessária do poder em um mundo onde a morte invade inexoravelmente a vida. Justificar a morte em nome do risco econômico e de segurança é a base ética desse fato. Nessa perspectiva, a lógica colonial está inserida na governança praticada pelos Estados modernos, particularmente em países capitalistas que utilizaram e imprimiram aos países colonizados sua marca de violência por séculos. Como observa Achille Mbembe, o neoliberalismo alastra pelo mundo os males econômicos antes reservados aos habitantes das colônias, assim, em todos os rincões, há a

ameaça de que toda a humanidade experimente dificuldades, que tem pouco a ver com a cor da pele, mas que essencialmente espalha o medo da morte que estaria materializada em uma vida pobre e miserável.

A necropolítica está, assim, se estabelecendo como uma organização necessária do poder em um mundo onde a morte inexoravelmente invade a vida. A justificação da morte em nome de riscos à economia e à segurança são bases “éticas” dessa realidade. Nessa perspectiva, a lógica colonial está incorporada nas governações praticadas pelos Estados modernos (ALMEIDA, 2019).

Araújo e Santos (2019) propõem duas reflexões. A primeira diz respeito à objetificação do corpo negro, que vem desde a época escravocrata, passando pela perseguição ocorrida no período pós-abolicionista, que tratava os negros como “vadios” e que perdura até os dias atuais, com a criminalização e o encarceramento em massa da população negra. A segunda reflexão tem intrínseca relação com a primeira. Além de serem vistos como corpos descartáveis (ou “matáveis”) à época do trabalho forçado, os negros passaram a ser tratados como perigosos, tendo o Estado a atribuição de disciplinar e restringir a ocupação da cidade pela população negra, uma vez que tinham aglomerações e revoltas como o Levante dos Malês ou a Revolução do Haiti, conforme explicam as autoras.³

Descrições de pessoas que vivem em regiões marcadas pela miséria e pela luta constante por sobrevivência, cujas casas são arrombadas à noite, que precisam pular em cadáveres para se deslocar, que convivem com o desaparecimento inexplicável de amigos e/ou parentes, são compatíveis com muitos lugares do mundo e provam a universalidade da necropolítica e do racismo de Estado, especialmente no Brasil (ALMEIDA, 2019).

“No Brasil, nos Estados Unidos e na África do Sul, em decorrência das particularidades do desenvolvimento capitalista e das especificidades da colonização em cada um destes países, o racismo não toma como critério principal o fato de ser nacional ou imigrante, mas, sim, o pertencimento a um grupo étnico ou minoria – ainda que demograficamente a maioria –, mesmo sendo os membros destes grupos institucionalmente reconhecidos como nacionais” (ALMEIDA, 2019, p. 178).

A ordem construída pelo racismo não afeta apenas a sociedade em suas relações externas, mas, sobretudo, afeta sua configuração interna, estipulando normas hierárquicas,

-
3. A Revolta dos Malês (1835) foi resultado da resistência de escravizados na luta pela liberdade em Salvador, que era composta massivamente por negros. E a Revolução do Haiti (1791) também mobilizou a resistência dos negros e mulatos escravizados contra a escravidão. Mas o abolicionista Marquês de Queluz, que foi Presidente da Província da Bahia (1825-1826), afirmava o risco que os negros traziam para o Brasil, pois os negros daqui se inspirariam nos movimentos pela liberdade do Haiti, razão pela qual ele fez um projeto que justificava a retirada dos africanos do Brasil, ou que estes fossem integrados a partir de relacionamentos interraciais, para que os africanos ficassem estáveis e não criassem resistência à dominação que os “humanizava”. Ou seja, as justificativas para controle dos corpos sempre ocorreram pela criação de um inimigo. José de Alencar também afirmava que a escravidão permitiu o desenvolvimento dos africanos enquanto povo, porque para ele nenhuma nação foi formada sem que antes tivesse passado pela dominação de um grupo considerado superior.

naturalizando formas históricas de dominação e justificando a intervenção do Estado sobre grupos sociais discriminados por meio do racismo institucional. “O Estado pode, por si mesmo, se transformar em uma máquina de guerra. Pode, ainda, se apropriar de uma máquina de guerra ou ajudar a criar uma” (MBEMBE, 2018a, p. 54-55).

Nesse sentido, o Estado brasileiro não difere de outros Estados capitalistas, pois o racismo é um componente constitutivo da política e da economia, sem o qual suas estruturas não podem ser compreendidas. Nesse caminho, a ideologia da democracia racial cria um discurso racista que legitima a violência e a desigualdade racial contra as particularidades do capitalismo brasileiro (ALMEIDA, 2019).

“Uma máquina de guerra combina uma pluralidade de funções. Tem as características de uma organização política e de uma empresa comercial. Opera mediante capturas e depredações e pode até mesmo cunhar seu próprio dinheiro. Para bancar a extração e exportação de recursos naturais localizados no território que controlam, as máquinas de guerra forjam ligações diretas com redes transnacionais” (MBEMBE, 2018a, p. 55).

O fato é que muitos começaram a “reivindicar o *direito de ser branco*”, de odiar negros, e de reclamar seu país de volta, não querem que seus trabalhos sejam “roubados” por imigrantes e desejam se sentir seguros em seu próprio país. Em suma, eles buscam a “identidade” que lhes foi “roubada” quando as minorias começaram a ter direitos. Essa imagem de terror moral serve para justificar exceções ultrajantes contra inimigos racialmente ideológicos, exacerbada pela demolição das torres gêmeas em 11 de setembro de 2001, quando políticas de tolerância zero e de lei e ordem aumentaram o encarceramento em massa e as mortes perpetradas pelo Estado (ALMEIDA, 2019).

“Esse é o retrato da crise atual. No fim das contas, a identidade desconectada das questões estruturais, a raça sem classe, as pautas por liberdade desconectadas dos reclamos por transformações econômicas e políticas, tornam-se presas fáceis do sistema. Facilmente a questão racial desliza para o moralismo. Por isso, diversidade não basta, é preciso igualdade. Não existe nem nunca existirá respeito às diferenças em um mundo em que pessoas morrem de fome ou são assassinadas pela cor da pele” (ALMEIDA, 2019, p. 189-190).

A Europa construiu sua “democracia” sobre corpos de milhões de homens e mulheres expropriados, torturados, escravizados e assassinados. Foi a Europa que, ao criar seu mercado interno e instituições políticas e jurídicas sobre a morte e a discriminação de milhões de negros e negras, que “subdesenvolveu” para seu benefício o continente Africano, situação que também pode ser aplicada à América Latina e à Ásia.

As relações raciais no Brasil são complexas e envolvem diversos ângulos e análises. Questões sociais, culturais, históricas, políticas, entre tantas outras estruturam toda uma realidade abstrusa brasileira. “Achar que no Brasil não há conflitos raciais diante da realidade violenta e desigual que nos é apresentada cotidianamente beira o delírio, a perversidade ou a mais absoluta má-fé” (ALMEIDA, 2019, p. 197).

“O racismo no Brasil é velado e presente, ao mesmo tempo”, concluiu a autora Sylvia Nunes (2014, p. 119), estudiosa da psicologia política, em seu artigo intitulado “Racismo contra negros: sutileza e persistência”. A autora realizou um estudo com 11 estudantes do

primeiro ano do curso de Letras da Universidade de São Paulo com o objetivo de analisar as falas de estudantes universitários sobre o racismo no Brasil. De todos os entrevistados, apenas dois deles se assumiram racistas. As hipóteses da pesquisa seriam encontrar falas racistas e não racistas. No entanto, a análise das entrevistas mostrou que o posicionamento não racista foi raro.

“Ninguém quer o título de racista. No decorrer das entrevistas, os mesmos sujeitos que em um momento diziam que a culpa era da sociedade e da escravidão, apresentavam, posteriormente, falas consideradas por nós, como racistas. Neste sentido, a ambiguidade e fragmentação das falas dos sujeitos pareceram algo muito relevante para a compreensão de como se mantém o racismo na sociedade brasileira. A ambiguidade aparece como artifício fundamental para que os sujeitos mantenham os privilégios, eximindo-se da responsabilidade moral” (NUNES, 2014, p. 119).

O mito da democracia racial reforça um véu que esconde as profundas desigualdades raciais sob a justificativa de que “todos somos iguais” e pintando o Brasil aos olhos do mundo como “o paraíso da democracia racial”. Entretanto, o mito da democracia racial oculta o estado racista de uma sociedade racista que reforça, ainda que, às vezes, de maneira velada, que existe um lugar bastante específico para as pessoas negras, e esse lugar não é ocupando espaços de poder dentro das instituições.

“Podemos dizer que o racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culmina em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam” (ALMEIDA, 2019, p. 32, grifo nosso)

Como afirma Silvio Almeida, “as instituições são racistas porque a sociedade é racista” (ALMEIDA, 2019, p. 47).

3. A LETALIDADE POLICIAL E OS CORPOS “SACRIFICÁVEIS”

No conceito de necropolítica cunhado por Achille Mbembe, o estado de exceção e a hostilidade tornam-se elemento fundante do *direito de matar* (WERMUTH; MARCHE; MELLO, 2020), com base na soberania que é a capacidade de determinar quem é importante e quem não é. Assim, o critério racial atua como um dispositivo de segurança baseado no que se pode chamar de princípio das raízes biológicas das espécies. “A raça é ao mesmo tempo ideologia e tecnologia de governo” (MBEMBE, 2018a, p. 75).

Nesse sentido, a necropolítica – uma política de morte praticada pelo Estado e suas instituições – executa tipografias de crueldade. Segundo Ferrari (2019), a eliminação dos inimigos do Estado ocorre onde há “permissão para matar”. O lugar é subalterno, denso, negro. Então, quando combinarmos necropolítica com raça e racismo, percebemos que essa política da morte tem uma direção (FERRARI, 2019).

A política descrita por Mbembe não é diferente do cenário brasileiro atual: no Brasil, há um *direito de matar* pessoas negras, pobres e faveladas ratificada pelos próprios governos. Políticas adotadas pelo ex-governador Wilson José Witzel (PSC) no Rio de Janeiro é

um exemplo de verdadeira política de genocídio disfarçado em um discurso de pretensa preocupação com a segurança pública que encoraja a polícia a *matar*, em nome do Estado, supostos “bandidos”, como se todas as pessoas residentes naquela comunidade periférica fossem *inimigos do Estado* (WERMUTH; MARCHT, MELLO, 2020).

“Se o poder ainda depende de um controle estreito sobre os corpos (ou de sua concentração em campos), as novas tecnologias de destruição estão menos preocupadas com inscrição de corpos em aparatos disciplinares do que em inscrevê-los, no momento oportuno, na ordem da economia máxima, agora representada pelo ‘massacre’” (MBEMBE, 2018a, p. 59).

Tais políticas reforçam a concepção de que as comunidades periféricas formam um cenário perfeito para o gerenciamento dos cadáveres pretos, principalmente diante do terrorismo causado pela política de (suposto) combate às drogas. No entanto, o massacre não se limita às facções responsáveis pelo tráfico de drogas, mas atinge pessoas inocentes que são criminalizadas por serem negras e por ocuparem um espaço social rejeitado, as periferias, que se tornam palco de tiroteios e violência (FLAUZINA, 2006). A este respeito, Flávio Bortolozzi Junior, em sua tese de doutorado, confirma:

“Dentro do contexto brasileiro, como resultado dessa Necropolítica orientada pelo medo do outro, temos como consequência um extermínio viabilizado pelo Estado desses grupos (anormais/inimigos/perigoso), em defesa do ‘cidadão de bem’ (normal/amigo/seguro). Veja-se por exemplo a alta letalidade das forças policiais brasileira” (BORTOLOZZI JR., 2018, p. 77).

Quando levamos em conta outros índices de criminalidade e o fato de muitas regiões pobres das grandes cidades serem controladas pelo crime organizado, com a cooperação de servidores públicos, esses números enviam a mensagem de que a lei não é capaz de servir a todos de uma mesma maneira. E, sobretudo, que restrições legais como as presentes no sistema penal não são suficientes para proteger os grupos sociais vulneráveis. Níveis estratosféricos de impunidade, além de permitir a sensação de que as vidas dos mais pobres são *descartáveis*, por não receber resposta adequada por parte da justiça, reforçam a perversa ideia de que essas vidas não têm valor (VIEIRA, 2007).

“Mais importante aqui é perceber a partir destes dados como a criminalização secundária atua de forma absolutamente seletiva. Jovens, negros e pertencentes aos estratos economicamente mais vulneráveis preenchem o sistema prisional pátrio, num ambiente de superlotação e reiterada violação de direitos humanos, quando não de produção direta de mortes por parte da ação/omissão estatal, evidenciando a feição necropolítica no cenário periférico. Neste contexto de caos prisional, por total abandono/desinteresse estatal e social, emergem como mediadores das relações prisionais grupos como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, dentre outros” (BORTOLOZZI JR., 2018, p. 104-105).

Portanto, o mito de uma força policial técnica, treinada e instrumentalizada que utiliza alternativas para solucionar crimes, e de um corpo militar que de fato se esforça na busca de reais criminosos, parece se limitar ao cinema e à literatura ficcional norte-americanas,

já que a própria polícia estadunidense aparece em cenas de perversas abordagens, desprovidas de preparo e humanidade, em que o ódio se enraíza e o sadismo é satisfeito, especialmente no ataque à população negra (VIEIRA, 2007).

No fundo, a semelhança mais marcante entre os dois países é a presença de mecanismos que subjagam a vida ao poder da morte, o “necropoder”, que nos permite encontrar verdadeiras formas de ocupação colonial contemporânea nas favelas cariocas (CASSERES e PIRES, 2017).

A atuação policial na atualidade nos permite compreender fenômenos históricos da formação da sociedade brasileira, suas práticas inquisitoriais e autoritárias, bem como nos escancara a persistência do racismo e da violência de gênero, que apontam uma verdadeira crise na democracia brasileira e revelam uma controversa relação da sociedade com o legal e o ilegal, o formal e o informal, e o público e o privado: “Por vários caminhos, as polícias nos põem cara a cara com a política e nos obrigam a enfrentar os problemas reais do cotidiano do Direito, do processo e da execução penal em nosso país” (VALENÇA e FREITAS, 2021, p. 4).

Nas palavras de MBEMBE (2018a, p. 66), “se é livre para viver a própria vida somente quando se é livre para morrer a própria morte”. O que claramente não acontece no Brasil, uma vez que negros são mortos todos os dias pelo Estado sob a falácia de uma suposta “guerra às drogas”, que serve como pano de fundo para o extermínio e genocídio da comunidade negra do país.

De acordo com a autodeclaração dos informantes e segundo as pesquisas realizadas pelo IBGE, a população brasileira em 2018 é formada por 43,1% de brancos e 55,8% de negros, considerando pretos (9,3%) e pardos (46,5%). Portanto, pode-se afirmar que a maioria da população brasileira é negra.

Com vistas a traçar um panorama sobre a renda dos brasileiros, o IBGE fez uma pesquisa sobre o rendimento mensal domiciliar *per capita* levando em consideração a cor e a raça dos declarantes. Com base nos mais recentes dados (2018), entre os 10% com menos rendimentos da população, 23,7% dessas pessoas são brancas e 75,2% são pretas ou pardas. Quando analisamos os dados dos 10% com mais rendimentos do país, as porcentagens se invertem: apenas 27,7% de pretos e pardos figuram nessa categoria, dominada por brancos: 70,6%.

Apenas com base nestes índices é possível perceber que, estatisticamente, os negros são destaque nas classes de baixa renda, enquanto os brancos são maioria quando se trata de mais rendimentos.

Corroborando com os dados apresentados supra, de acordo com uma tabela do IBGE de 2010, traçando a média do país segundo os municípios das capitais, cerca de 17,3% dos pretos ou pardos e 10,1% de brancos vivem em aglomerados subnormais⁴. Diante de tais dados, é possível afirmar que a população das comunidades de baixa renda, moradores de

4. De acordo com o site do IBGE, aglomerados subnormais são ocupações irregulares para fins de habitação em áreas urbanas que se caracterizam por um padrão urbanístico irregular e carência de serviços públicos essenciais. No Brasil, esses aglomerados subnormais são conhecidos por favelas, quebradas, comunidades, entre outros.

comunidades brasileiras (“favelas”, segundo o gráfico citado), é formada, em sua maioria (66,2%), por negros. Pode-se dizer, então, ao analisar a demografia das favelas brasileiras, que estamos diante de uma senzala moderna?

Oliveira (2000, p. 32) descreve como “democratização da senzala” o aumento do número de pessoas ocupando áreas de insegurança, tidas como zona de exclusão social, precarização em que há um fortalecimento dos mecanismos de destruição a que essas pessoas sempre estiveram sujeitas.

Um processo de “democratização” da zona do “não-ser” só é possível se for mantida a distância entre brancos e não brancos. Desta forma, o genocídio negro torna-se uma condição necessária para a manutenção dessas hierarquias (CASSERES e PIRES, 2017).

Cabe destacar o modelo racista e classista com que são administrados os mecanismos autoritários de uso da força estatal, mesmo sob a ordem democrática estabelecida pela Constituição de 1988 (CASSERES e PIRES, 2017).

O uso das Forças Armadas para “garantia da Lei e Ordem” no Rio de Janeiro (BRASIL, 2017) restabelece uma série de rupturas constitucionais historicamente assistidas na política de segurança pública da cidade:

“Na ordem ‘republicana’ de 2017, sob as novas vestes da ‘crise na segurança pública’, perpetua-se a diretriz de proteção patrimonial e pessoal dos segmentos sociais que detêm o poder político e econômico e demarcam-se os territórios negros pauperizados da cidade como ‘territórios inimigos’, relegadas as vidas de seus habitantes ao frágil patamar do descartável por ‘dano colateral de guerra’, como bem explicita Eliana Sousa Silva, moradora da Maré desde os sete anos de idade e Doutora em Serviço Social pela PUC-Rio (CASSERES e PIRES, 2017, p. 1435).

Após as ditaduras militares ocorridas no Brasil e em toda a América Latina, não houve uma transição efetiva entre o sistema estatal de controle policial e judiciário, o que acarretou uma naturalização do uso excessivo da força (braço armado do Estado) alheia às normas jurídicas e internacionais, agora sob o pretexto de enfrentar a violência e o crime (CASSERES e PIRES, 2017).

Não é uma coincidência o fato de que a polícia militar do Estado do Rio de Janeiro tem suas origens na “Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil”, formada por ocasião da chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, e no seu braço executivo, a “Guarda Real de Polícia”, responsável pelo patrulhamento dos arredores onde vivia a família real e a sua corte (SILVA, 2010, p. 93).

“Este momento histórico, no qual aos agentes estatais responsáveis pelo uso da força é cometida a função privada de proteger os ‘donos do poder’ contra as camadas subalternas – leia-se: pretas – insere-se perfeitamente na cadeia que conduz o fenômeno da violência institucional até os dias de hoje” (CASSERES e PIRES, 2017, p. 1435).

No decreto “republicano” de 2017, sob o novo (não tão novo) discurso da “crise da segurança pública”, propaga-se a ideia de defesa patrimonial e pessoal dos estratos sociais detentores do poder político e econômico em face do “perigoso negro” que vive nos subúrbios da cidade, cujo território é visto como “inimigo”, se tornando uma zona de guerra, revelando

a “zona do não ser” e relegando a vida de seus habitantes ao status *descartável*, pronto para absorver os “danos colaterais da guerra” (CASSERES e PIRES, 2017).

Sob o pretexto de “guerra às drogas”, aproximadamente 1,2 milhão de habitantes do Rio de Janeiro são tidos como inimigos sentenciados a sofrer as consequências dessa guerra. Uma imagem que bem ilustra o cenário bélico é o uso de veículos blindados pela polícia que se assemelham aos usados pela polícia sul-africana, contra os territórios negros durante o Apartheid ocorrido na África do Sul (CASSERES e PIRES, 2017). Atualmente, encontram-se em museus como um lembrete do antigo sistema de segregação e atrocidades. Entretanto, no Brasil, estes veículos blindados estão nas ruas, ou melhor, em ruas bastante específicas, apenas aquelas que pavimentam os subúrbios, onde residem boa parte dos negros do Brasil.

“Boa parte das análises da realidade social das favelas e de sua interação com o poder estatal sustenta que existe uma ‘crise de soberania’ nos espaços instáveis, na medida em que o Estado não seria capaz de exercer ali o seu poder político e jurídico” (CASSERES e PIRES, 2017, p. 1457).

Quando compreendemos a normalidade racista como elemento estruturante da ordem política brasileira, a visão de uma “crise de soberania” nos territórios das favelas não se sustenta, pelo contrário, o que se encontra nas áreas de população majoritariamente negra no Rio de Janeiro é a mais crua manifestação da soberania estatal, quem está no poder de decidir quem pode viver e quem deve morrer (CASSERES e PIRES, 2017).

Na última década, a polícia do Rio de Janeiro assassinou mais de 8.000 (oito mil) pessoas. Ao mesmo tempo em que, aproximadamente de metade da população do Rio de Janeiro é negra, *cerca de três quartos* de pessoas mortas pela polícia do Rio de Janeiro em 2015 são negras, o que representa a existência de um verdadeiro extermínio da juventude negra brasileira sob os auspícios do Estado. A proporção de violência entre negros e brancos é assustadora (CASSERES e PIRES, 2017, p. 1434).

A cada nova divulgação dos dados sobre homicídios no Brasil, a mesma informação é dada: morrem por homicídio, proporcionalmente, mais jovens negros do que jovens brancos no país.

Mbembe (2018b) explica que há uma seleção dos grupos populacionais, marcando-os como “espécies”, “séries” e “casos”, em um cálculo geral de risco, chance e probabilidade, a fim de prevenir os perigos inerentes à sua circulação e, se possível, neutralizar de antemão, na maioria das vezes por imobilização, prisão ou morte. Deste ponto de vista, as etnias funcionam como um dispositivo de segurança de acordo com o que o autor chama de princípio da ancoragem biológica por espécies. “A raça é ao mesmo tempo ideologia e tecnologia de governo” (MBEMBE, 2018b, p. 75).

4. A NATURALIZAÇÃO DA LETALIDADE POLICIAL CONTRA JOVENS NEGROS

O racismo tem como intuito subordinar e manter controle sobre um grupo social e pode ser definido como a qualidade de decisões e políticas que, para atingir seus objetivos de dominação, levam em consideração a raça dos indivíduos (WIEVIORKA, 2007).

O racismo visa eliminar e controlar grupos raciais, controle este realizado a partir do conceito de controle social. O controle social, segundo Adorno (2006), decorre das estruturas de poder político e econômico e inclui grupos que controlam e grupos que são controlados, com grupos mais próximos e outros mais *à parte* do poder, e que desta relação tece-se um emaranhado de múltiplas formas de controle (DANIN, 2018a).

Para Foucault (2000), a polícia cria poderes disciplinares no subconsciente do cidadão comum, mantendo o equilíbrio da sociedade seja pacificamente ou por meio do direito *legal* de usar a violência.

A abordagem policial é o início do processo em que o policial atua diretamente no processo de seção do sistema, colocando como suspeito o sujeito que, por preconceito racial, compõe um estereótipo de criminoso negro (DANIN, 2018a).

As imagens de controle são dimensões ideológicas do racismo e do sexismo que são compreendidas de forma simultânea e interconectada, utilizada pelos grupos dominantes com o objetivo de promover padrões de violência e dominação historicamente desenvolvidos para manter no poder esses mesmos grupos dominantes (BUENO, 2020).

Adorno (2006) utiliza a expressão “linha de montagem” para definir a opressão a que pessoas estereotipadas e racializadas são expostas no sistema penal:

“Afinal de contas, é a polícia que recolhe, no universo da população, aquelas pessoas que entrarão na linha de montagem. O suspeito, posto na esteira, passa pela Delegacia de Polícia, passa pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário, pelo sistema penitenciário e lá na outra ponta, sai o egresso. Nesta linha de montagem, a matéria prima é o suspeito e o produto acabado o egresso” (ADORNO, 2006, p. 133).

De acordo com Adorno (2006), a questão da violência policial contra a população negra é um fato internalizado pela nossa sociedade como algo natural, uma vez que “não pode” ser objeto de revolta uma atitude que vem de agentes públicos que, supostamente, visam promover a segurança pública e aplacar o medo da violência, uma das maiores preocupações dos cidadãos comuns (DANIN, 2018a).

Deve-se notar, no entanto, que o processo de exclusão nem sempre é promovido pelo Estado ou pela sociedade e, ao contrário, na maioria das vezes atende aos interesses da elite dominante. “Quando analistas usam expressões como ‘sociedade’ e ‘controle social’, é sempre necessário assegurar que não estejam sendo usadas como expressões abreviadas dos desejos dos poderosos” (YOUNG, 2002). De acordo com Sérgio Verani:

“[...] o aparelho repressivo-policial e o aparelho ideológico-jurídico integram-se harmoniosamente. A ação violenta e criminosa do policial encontra legitimação por meio do discurso do delegado, por meio do discurso do promotor, por meio do discurso do juiz” (VERANI, 1996, p. 138).

Na mesma linha, Ignácio Tubo e José Carlos Fragoso, em análise sobre a investigação da Justiça Militar sobre mortes de policiais no Rio de Janeiro, entre 1993 e 1996, constataram que nos documentos pesquisados “não foi encontrado um único caso em que um policial militar fosse condenado pelas mortes e ferimentos a civis, nem sequer quando existiam fortes indícios de execução como disparos à queima-roupa” (CANO; FRAGOSO, 2000,

p. 231), o que leva à conclusão de que existem estruturas processuais que promovem a impunidade dos réus nesse tipo de caso (FERREIRA, 2021).

Entretanto, “a polícia mata, mas não mata sozinha”, de acordo com Zaccone. Para o referido autor, é necessário levar em consideração as especificidades do processo judicial e assevera que a justiça criminal utiliza “um arquivo civilizador, racional e burocrático” (ZACCONI, 2015, p. 23), na produção da verdade jurídica, que permite a noção de violência conforme o direito legitimado pelos operadores do direito (FERREIRA, 2021).

Zaccone realiza pesquisas que buscam entender a atuação do setor público no Rio de Janeiro. Analisando os mais de 300 pedidos de arquivamento realizados pelo Ministério Público em suas investigações de assassinatos decorrentes de atos de resistência entre 2003 e 2009, o autor aponta a possibilidade de que outros órgãos envolvidos no sistema penal também estejam atuando ativamente em prol da legitimidade da morte de pessoas negras pela polícia, “a forma legal de morte do Estado pode ser tão violenta quanto um rifle” (ZACCONI, 2015, p. 21).

A maior preponderância de negros entre vítimas de letalidade policial e a hiperracialização do processo penal – decorrente do número de brancos produzindo institucionalmente a lei e da inabilidade de diagnosticar o impacto racial dessa ação – não são as únicas consequências do racismo quando a polícia mata. Partimos do conceito de “racismo institucional” para organizar teoricamente uma compreensão das decisões institucionais adotadas no Brasil (ou a ausência delas), para enfrentar as mortes atribuídas a policiais. De fato, ao lado do racismo institucional e da letalidade policial, outros elementos estruturais contribuem, ainda que de forma indireta, para a produção sistemática do racismo que resulta em morte (FERREIRA, 2021, FREITAS, 2020a).

A violência tem longa história no Brasil. Para Adorno (2006), toda a história da polícia brasileira mostra claramente que a violência é uma norma institucional.

A discriminação e a violência policial contra negros fazem parte da estrutura da segurança pública. Nesse sentido, torna-se um desafio a tarefa de identificar as discriminações que, fazendo parte da dinâmica social, fazem com que seus efeitos sejam percebidos como algo natural, necessário e legítimo (DANIN, 2018a).

O aspecto mais evidente do racismo institucional na segurança pública se configura por meio da ocorrência da violência policial contra a população negra (FREITAS, 2020b). Portanto, é importante destacar que a forma como se deu a construção da identidade racial no Brasil contemporâneo guarda relação direta no tipo de abordagem da polícia e nas marcas contínuas de violações dos direitos humanos mais básicos de grupos sociais marginalizados e explorados no passado (DANIN, 2018a).

Essa filtragem racial é referida como uma forma de discriminação indireta, pela qual o policial, ao aplicar a lei, usa a raça ou cor de uma pessoa como motivo para suspeitar dela como criminosa (ADORNO, 2006). A segurança pública, no cenário atual, desempenha então um importante papel político, exercendo o controle social, humilhando e criminalizando os menos favorecidos em troca de “segurança pessoal” (DANIN, 2018a).

O slogan “lei e ordem”, cada vez mais reduzido à promessa de segurança pessoal, tornou-se um dos principais pontos de venda, talvez o principal, em manifestos políticos e

campanhas eleitorais. Demonstrar ameaças à segurança pessoal tornou-se uma das principais vantagens, talvez a principal, na guerra às audiências da mídia, aumentando ainda mais os sucessos tanto da mercadologia quanto dos usos políticos do capital do pavor (BAUMAN, 2007, p. 43).

5. A REALIDADE GENOCIDA EM NÚMEROS

Um⁵ exame cuidadoso das estatísticas sobre a criminalidade não deixa dúvidas, a violência homicida tem cores no país. No Brasil, a maioria das pessoas mortas por causas não naturais são negras, o que é desproporcional em relação às pessoas autoidentificadas como negras no último censo do IBGE⁶.

Neste tópico, exploraremos os dados produzidos pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no que concerne às estatísticas de “homicídios”, “mortes decorrentes de intervenção policial” e de “mortes de policiais em serviço”, buscando identificar como a necropolítica, a política de morte direcionada pelo racismo, mata jovens negros diariamente.

Os números são estarrecedores: de acordo com dados fornecidos pelo IPEA, entre 2005 e 2015 houve uma queda na taxa de homicídios entre brancos no importe de 12,2%, enquanto com relação aos negros esse número cresceu em mais proporção, 18,2% (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2017, p. 33).

Para exemplificar esta situação, o documento intitulado mapa da Violência (DATASUS, 2011) indica que, no ano 2010, morreram no Brasil 49.932 pessoas vítimas de homicídio, ou seja, 26,2 a cada 100 mil habitantes. 70,6% das vítimas eram negras. Em 2010, 26.854 jovens entre 15 e 29 foram vítimas de homicídio, ou seja, 53,5% do total; 74,6% dos jovens assassinados eram negros e 91,3% das vítimas de homicídio eram do sexo masculino. Já as vítimas jovens (ente 15 e 29 anos) correspondem a 53% do total e a diferença entre jovens brancos e negros salta de 4.807 para 12.190 homicídios, entre 2000 e 2009 (RAMOS, 2012).

No ano de 2010, morreram no Brasil 49.932

“[...] pessoas vítimas de homicídio, ou seja, 26,2 a cada 100 mil habitantes. 70,6% das vítimas eram negras. No mesmo ano, 26.854 jovens entre 15 e 29 foram vítimas de homicídio, ou seja, 53,5% do total; 74,6% dos jovens assassinados eram negros e 91,3% das vítimas de homicídio eram do sexo masculino. Já as vítimas jovens (ente 15 e 29 anos) correspondem

5. Inúmeros trabalhos têm reivindicado o uso da expressão “genocídio” para nomear as distintas práticas de eliminação da população negra. Neste Sentido, ver: Nascimento (1978); Vargas (2010); Flauzina (2006); Freitas (2014); Ferreira e Cappi (2016).
6. A categorização de pessoas utilizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística nos últimos anos decorre da vitória dos movimentos negros nas disputas institucionais em torno da qualidade da produção de dados sobre desigualdade social e racial no país, privilegiarei a nomenclatura negra/o, para fazer referência à população negra, aqui considerada o somatório de pretos e pardos, tal qual informa o IBGE, que, em 2019, apontou que 55,8% da população brasileira se autodeclara negra (IBGE, 2019).

a 53% do total e a diferença entre jovens brancos e negros salta de 4.807 para 12.190 homicídios, entre 2000 e 2009” (RAMOS, 2012).

A necropolítica como forma de subjugação da vida ao poder da morte pode ser bem retratada pelo Atlas da Violência. De acordo com este documento, houve uma redução dos homicídios na última década (2009-2019), todavia, esta redução esteve muito mais concentrada entre a população não negra (30,5%) do que entre a negra (15,5%). Diante dos dados apresentados, é possível observar que a diminuição das taxas de homicídio de não negros é 50% superior à correspondente à população negra. Ao analisarmos os números absolutos, é possível destacar que, enquanto houve uma queda de 33% do número absoluto de vítimas não negras, no mesmo período analisado houve um aumento de 1,6% de homicídios de negros (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2021).

Em 2018, 57.956 pessoas foram vítimas de homicídios no Brasil e, não obstante esse número possa ser considerado alto, também pode representar uma das menores taxas de homicídios dos últimos quatro anos, correspondendo a 27,8 óbitos por 100.000 habitantes (IPEA; FBSP, 2020). Desse total, 75,7% dessas vítimas eram negros. Em 2017, esse grupo foi responsável por 75,5% das vítimas de homicídio, enquanto na época “foram mortos aproximadamente 2,7 negros por pessoa não negra morta em 2017, proporcional a cada população” (IPEA, FBSP, 2019). Em 2016, “a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia maior que a de não pretos (16,0% vs. 40,2%)” (IPEA; FBSP, 2018).

Para Casseres e Pires (2017, p. 1433), o cenário brasileiro aponta para a “existência de um verdadeiro extermínio da juventude negra brasileira, sob os auspícios do Estado. É assustadora a proporção de violência contra negros se comparada à população branca”.

Valença e Freitas consideram que os dados a que temos tido acesso recentemente são assustadores e que negar as evidências acerca das violações de direitos vividas diuturnamente pela população negra aponta falhas (*racistas*) na interpretação e aplicação da lei no Brasil: “Trata-se de uma colossal violência praticada por e contra policiais que revela a dimensão do tema em nossa vida cotidiana e seu impacto expressivo na vida democrática” (VALENÇA e FREITAS, 2021, p. 4).

Nos últimos 10 anos, a polícia estadual do Rio de Janeiro matou mais de 8.000 (oito) mil pessoas. Enquanto cerca de metade da população do Rio de Janeiro é negra, os negros somam três quartos das pessoas vítimas de letalidade policial em 2015 (CASSERES e PIRES, 2017).

O cenário se confirma quando focamos nos dados de mortalidade de vítimas e policiais, e novamente negros são a vítima preferida. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), 79,1% das 6.375 vítimas de intervenção policial que resultaram em mortes em 2019 foram anunciadas negros. Da mesma maneira, dos 172 policiais civis e militares que foram vítimas de crimes deliberadamente violentos com graves consequências em 2019, 65% se identificaram como negros (FERREIRA, 2021).

Acerca dos dados a respeito da vitimização e letalidade policial, o cenário se mantém, novamente as pessoas negras são as vítimas principais. Consoante o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), das 6.375 vítimas de intervenções policiais que resultaram em

morte, em 2019, 79,1% foram declaradas pretas ou pardas, da mesma forma, dos 172 policiais civis e militares vítimas de crimes violentos letais intencionais⁷ em 2019, 65% foram identificados como negros.

Cabe destacar o modelo racista e classista com que são administrados os mecanismos autoritários de uso da força estatal, mesmo sob a ordem democrática estabelecida pela Constituição de 1988 (CASSERES e PIRES, 2017).

A desproporção com que negros são vítimas de violência letal, fardados ou não, reforça as hipóteses sustentadas por diferentes autores que dão conta das práticas cotidianas e frequentes de extermínio dessa população, ainda que ocorra de forma involuntária e difusa.

É importante ressaltar que os processos de “desracialização da informação” contribuem para impossibilitar a produção de dados que permitam uma descrição mais apurada dessa realidade e seu impacto direto – nas vítimas, agressores e familiares, ainda que indiretamente – e afrontam o Estado de Direito, a Democracia e a garantia dos Direitos Fundamentais.

Nesse cenário, o racismo parece ser a chave por trás dos altos índices levantados pelos institutos de pesquisa. Senão, vejamos: o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, indica que, durante o ano de 2017, 75,5% das vítimas de homicídios foram indivíduos negros (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019), e entre 2017 e 2018, 75,4% das pessoas mortas em intervenções policiais eram negras (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019).

Além disso, segundo dados editados pelo Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial, um jovem negro brasileiro tem 2,5 vezes mais chances de ser vítima de homicídio do que um jovem branco (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Diante disso, esses números não apenas colocam o Brasil no ranking das instituições policiais que mais causam mortes no mundo, mas também comprovam que a população negra é a maior vítima da segurança pública no país.

Importante ressaltar que os dados aqui apresentados demonstram como a criminalização secundária age de forma absolutamente seletiva: jovens, negros, de baixa renda, economicamente mais vulneráveis ocupam (e lotam) o sistema prisional brasileiro (VALENÇA, 2018 e 2020), em um ambiente de superlotação característico pela reiterada violação de direitos humanos “quando não de produção direta de mortes por parte da ação/omissão estatal, evidenciando a feição necropolítica no cenário periférico” (BORTOLOZZI JR., 2018, p. 105). O autor ainda reforça que o cenário caótico prisional, de total abandono/desinteresse estatal e social, favorece o aparecimento de grupos como o Primeiro Comando da Capital, Comando Vermelho, entre outros (BORTOLOZZI JR., 2018).

A letalidade policial vivida no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, fez com que ONGs, coletivos e movimentos sociais ligados às comunidades cariocas, bem como mães de vítimas de violência policial, ajuizassem a Arguição de Descumprimento de Preceito

7. Categoria criada pela Administração Pública para agrupar homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

Fundamental (ADPF) 635 – “ADPF das Favelas”, proposta pelo PSB e organizada conjuntamente por diversos órgãos e coletivos, com o objetivo de reconhecer e remediar violações críticas à segurança pública no Estado do Rio de Janeiro.

Outrossim, dados da Rede de Observatórios de Segurança apontaram um aumento nas mortes policiais no Estado do Rio de Janeiro durante a pandemia. Embora tenha havido uma diminuição das operações em março de 2020 devido a uma “redução do tráfico de drogas”, a tendência não se manteve nos meses seguintes. Assim como em abril de 2020 houve um aumento de 57,9% nas mortes por operações policiais em relação ao mesmo período do ano passado e um aumento de 16,7% até 19 de maio de 2020 (REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA, 2020).

Esses dados mostram que, seguindo uma tradição do sistema escravista que ganha contornos ainda mais evidentes nos tempos modernos, a população negra é a população que mais sofreu violência no Brasil, inclusive a violência policial, que amedronta moradores das comunidades que vivem em alta tensão e na mira da guerra entre traficantes e policiais (WERMUTH; MARCHT; MELLO, 2020, p. 136).

Nosso Estado adota a política de morte, o uso ilegal da força, o extermínio, e a política da inimizade que se divide em segregar “amigos e inimigos” do Estado. É o que vemos, por exemplo, nas favelas, comunidades do Rio de Janeiro e nas periferias das grandes cidades brasileiras. Não existe nenhuma agência brasileira de inteligência e de combate ao crime, o que há é uma perseguição deliberada de quem é *considerado perigoso*. A necropolítica por meio de um determinante racial reúne esses elementos, que são reflexivos e têm ramificações que podemos ver em nosso cotidiano, em nossa chamada “política de segurança” (FERRARI, 2019).

6. CONCLUSÃO

A normalização do racismo mata. De forma comissiva e omissiva. Isto é necropolítica: matar e deixar morrer ao negar acesso a direitos, direcionando a população somente ao extermínio.

Este artigo teve como objetivo fomentar discussões acerca da letalidade policial praticada pelo Estado brasileiro, tendo como principal chave de leitura a raça, e partindo da hipótese, a nosso ver confirmada, de que o racismo *direciona* a necropolítica praticada pelo Estado por meio da letalidade policial.

Assim, o artigo se volta à letalidade policial, na forma como as forças policiais deliberadamente exercem violência contra um grupo que, em tese e segundo o Estado de Direito, deveria ser servido e protegido, e não tratado como inimigo.

Utilizamos do levantamento bibliográfico, documental e de análise estatística como forma de demonstrar que existe uma letalidade protagonizada pelo Estado que, valendo-se do necropoder, extermina vidas negras.

Com base nos resultados anteriormente apresentados, é possível entender como o racismo, que estrutura nossa sociedade, é elemento essencial da necropolítica que o Estado brasileiro aplica à população negra, por intermédio da normalização da letalidade policial.

Desta forma, ante os dados e conceitos apresentados, podemos concluir que o racismo, *sim*, direciona e fundamenta a necropolítica que se manifesta por meio da letalidade policial.

Lamentavelmente, os resultados obtidos demonstram que o racismo *atravessa e direciona* a necropolítica que atinge vidas negras como “corpos *matáveis*”. Lamentavelmente, a hipótese de que o racismo *fundamenta* o necropoder que fomenta o genocídio de jovens negros no Brasil está confirmada.

É importante concluir este artigo apontando para a relevância temática do trabalho, haja vista que a cada nova divulgação de dados estatísticos resta claro que o Brasil continua sendo organizado pelo racismo que fomenta o necropoder e direciona a necropolítica.

As considerações aqui delineadas devem servir para fortalecer a luta antirracista e o Estado Democrático de Direito, uma vez que democracia e necropolítica são conceitos incompatíveis. Assim como democracia e racismo também o são.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, Violência e Insegurança. In: LIMA, Renato Sérgio de et al. (Org.). *Segurança Pública e Violência: o Estado está cumprindo seu papel?* São Paulo: Contexto, 2006. v. 1. p. 151-171.
- ALMEIDA, Silvío. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.
- ARAUJO, Danielle. F. M. da S.; SANTOS, Wallkyria. C. da S. Raça como elemento central da política de morte no Brasil: visitando os ensinamentos de Roberto Esposito e Achille Mbembe. *Revista Direito e Práxis*. [online], v. 10, n. 4, p. 3024-3055, 25.11.2019. ISSN 2179-8966. Disponível em: [doi.org/10.1590/2179-8966/2019/45695]. Acesso em: 14.07.2023.
- BAUMAN, Z. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. *Resistir para re-existir*. Criminologia (d)e resistência e a necropolítica brasileira de drogas. Coleção Percursos Criminológicas. Belo Horizonte: Editora DPlácido, 2019. v. 6.
- BUENO, Winnie. *Imagens de Controle: um conceito do pensamento de Patricia Hill Collins*. Porto Alegre-RS: Editora Zouk. 2020.
- CANO, Ignácio; FRAGOSO, José Carlos Fragoso. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da justiça militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 8, n. 30, abril-junho, 2000.
- CASSERES, Livia; PIRES, Thula. *Necropoder No Território de Favelas do Rio de Janeiro*. Anais do I Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 30 de agosto a 1 de setembro de 2017, São Paulo, SP [recurso eletrônico] / Organizado por Alexis Couto de Brito, Marco Aurélio Florêncio e Allyne Andrade. – São Paulo: IBCCRIM, 2017. Disponível em: [www.ibccrim.org.br/docs/2018/ANAIS-CPCRIM2017.pdf]. Acesso em: 14.07.2023.
- CESAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Noêmia de Sousa. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978.
- DANIN, Renata Almeida. *Vozes brancas, mortes negras: Configurações do racismo institucional no cenário da segurança pública*. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas,

- Programa De Pós-Graduação em Segurança Pública, Universidade Federal do Pará (Dissertação), 2018.
- FERRARI, Mariana. O que é Necropolítica. E como se aplica à segurança pública no Brasil. *Ponte Jornalismo*, 25.09.2019. Disponível em: [ponte.org/o-que-e-necropolitica-e-como-se-aplica-a-seguranca-publica-no-brasil]. Acesso em: 14.07.2023.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*, ano 14. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020, ano 14. Disponível em: [forumseguranca.org.br/anuario-14/]. Acesso em: 14.07.2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*, ano 13. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: [forumseguranca.org.br/anuario-14/]. Acesso em: 14.07.2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*, ano 12. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018. Disponível em: [forumseguranca.org.br/anuario-14/]. Acesso em: 14.07.2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 11, 2017. Disponível em: [forumseguranca.org.br/anuario-14/]. Acesso em: 14.07.2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial*. São Paulo, 2017. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Vulnerabilidade_Juveni_Violencia_Desigualdade_Racial_2017_Relatório.pdf]. Acesso em: 14.07.2023.
- FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS, Felipe da Silva. O que a gente quer que a polícia faça? Ódio e racismo com o mandato policial. In: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; PIRES, Tula (Org.). *Rebelião*. Brasília: Brado, Nirema, 2020b.
- FREITAS, Felipe da Silva. *Polícia e racismo: Uma discussão sobre mandato policial*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, 2020a.
- IBGE. *Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil*. Disponível em: [www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?&t=resultados]. Acesso em: 14.07.2023.
- MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 Edições, 2018b.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. Trad. Renata Santini. São Paulo: N-1 edições, 2018a.
- NUNES, Sylvia da Silveira. Racismo contra negros: sutileza e persistência. *Rev. psicol. polít.*, São Paulo, v. 14, n. 29, p. 101-121, abr. 2014. Disponível em: [pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2014000100008&lng=pt&nrm=isso]. Acesso em: 14.07.2023.
- OLIVEIRA, Dennis de. *Globalização e racismo no Brasil*. São Paulo: União de Negros pela Igualdade de São Paulo, 2000.
- POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1972.

- RAMOS, Paulo. A violência contra jovens negros no Brasil. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*, publicado em 15.08.2012. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/sociedade/a-violencia-contra-jovens-negros-no-brasil]. Acesso em: 14.07.2023.
- REDE DE OBSERVATÓRIOS DA SEGURANÇA. *Operações policiais no RJ durante a pandemia*: frequentes e ainda mais letais, 2020. Disponível em: [observatorioseguranca.com.br/wp-content/uploads/2020/05/Operac%CC%A7o%CC%83es-policiais-no-RJ-durante-a-pandemia.pdf]. Acesso em: 14.07.2023.
- SILVA, Eliana. S. *O contexto das práticas policiais nas favelas da Maré: a busca de novos caminhos a partir de seus protagonistas*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Serviço Social da PUC-Rio, 2010.
- SLAVEVOYAGES. *Banco de Dados do Comércio Transatlântico de Escravos* (The Transatlantic Slave Trade Database, em inglês). Disponível em: [www.slavevoyages.org/voyage/database#tables]. Acesso em: 14.07.2023.
- VALENÇA, Manuela Abath. Por que nós prendemos tão mal? *Conjur*, coluna Opinião, 07.07.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jul-14/manuela-abath-prendemos-tao-mal]. Acesso em: 14.07.2023.
- VALENÇA, Manuela Abath. *Soberania policial no Recife do início do século XX*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Brasília, 2018.
- VALENÇA, Manuela Abath; FREITAS, Felipe da Silva. Carta da Editora e do Editor – Dos- siê Temático “Direitos Fundamentais, Processo Penal e Polícias”. *Revista Direito Público*, [S. l.], v. 18, n. 99, 2021. DOI: 10.11117/rdp.v18i99.6061. Disponível em: [www.portalde- periodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6061]. Acesso em: 14.07.2023.
- VERANI, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 28-51, 2007.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; MARCHT, Laura Mallmann; MELLO, Letícia de. Necropolítica: racismo e políticas de morte no brasil contemporâneo. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 2, p. 122-152, 2020. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index. php/rdc/article/view/49790]. Acesso em: 14.07.2023.
- WIEVIORKA, Michel. *O Racismo, uma introdução*. Trad. Fany Kon. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- ZACCONI, Orlando. *Indignos de vida: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

8. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Decreto Presidencial de 28 de julho de 2017. Autoriza o emprego das Forças Armadas no Rio de Janeiro para Garantia da Lei e da Ordem. Brasília, DF, Diário Oficial da União de 28.07.2017. Disponível em: [pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index. jsp?jornal=1000&pagina=1&data=28/07/2017]. Acesso em: 14.07.2023.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A inconstitucional ampliação da competência da justiça militar: temer x temer e o avanço da necropolítica, de André Nicolitt – *RBCCrim* 171/391-438;
- A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado, de Isabella Miranda – *RBCCrim* 135/231-268;
- Da necropolítica ao bioterrorismo de estado: das responsabilidades jurídicas sobre remédios ineficazes, de Emmanuella Denora – *RDM* 10;
- Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, de Gabriel Antinolfi Divan, Carolina Costa Ferreira e Mariana Chini – *RBCCrim* 180/235-263;
- Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador, de Ricardo Jacobsen Gloeckner e Paula Garcia Gonçalves – *RBCCrim* 130/177-200;
- Letalidade policial e segurança pública. Uma análise metapsicológica da violência legítima, de Paulo Keishi Ichimura Kohara – *RBCCrim* 130/145-176;
- Necropolítica, estado de exceção permanente e pandemia: uma análise sobre a viabilidade de aplicação do estado de coisas inconstitucional no Sistema Único de Saúde (SUS), de Nelson Camatta Moreira, Antônio Leal de Oliveira e Miguel Henrique Moreira do Nascimento – *RDCI* 133/63-88; e
- 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 – *RD Tec* 16.

NECROPOLITICS IN THE PRISON SYSTEM: A STUDY BASED ON STATISTICS OF DEATHS FROM UNKNOWN CAUSES IN BRAZILIAN PRISONS (2014-2021)

*NECROPOLÍTICA NO SISTEMA PRISIONAL:
UM ESTUDO A PARTIR DAS ESTATÍSTICAS DE
MORTES POR CAUSAS DESCONHECIDAS NAS
PRISÕES BRASILEIRAS (2014-2021)*

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Doutor em Direito Público (UNISINOS). Pós-doutor em Direito (USP). Professor do curso de Direito da UNIJUI. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUI. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). Pesquisador Gaúcho – Edital FAPERGS nº 05/2019. Bolsista Produtividade CNPq. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0354947255136468>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7365-5601>]. madwermuth@gmail.com

JAKLER NICHELE

Professor do Instituto Militar de Engenharia (IME), com doutorado e mestrado em Engenharia de Defesa (IME-2018, 2013) e graduação em Engenharia Química (IME-2006). Professor da graduação em Engenharia Química e do Programa de Pós-Graduação em Química. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Defesa. Agraciado em 2022 pela FAPERJ como Jovem Cientista do Nosso Estado. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7838061386770370>]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3046-8459>]. jakler@ime.br

CÍNTIA DA SILVA TELLES NICHELE

Doutora em Saúde Pública na ENSP/FIOCRUZ. Mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da

Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/FIOCRUZ). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Docente do curso de Especialização em Direitos Humanos e Saúde do Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural da ENSP/FIOCRUZ.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7579976788225116>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6685-1017>].
cintiatelles.ensp@gmail.com

ALDO PACHECO FERREIRA

Doutor e Mestre em Engenharia Biomédica (Coordenação dos Programas de Pós-Graduação em Engenharia – COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ). Bacharel em Ciências Biológicas (UGF). Pesquisador e Docente da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/FIOCRUZ. Coordenador de Ensino do DIHS/ENSP. Coordenador de Mestrado Profissional – Direitos Humanos, Justiça e Saúde: Gênero e Sexualidade. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq: Direitos Humanos, Saúde & Ambiente. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Profissional em Saúde Pública e do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública. Pesquisador 1-D (CNPq).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0942554454570321>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7122-5042>].
aldopachecoferreira@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724851>].

Recebido em: 25.04.2023

Aprovado em: 17.10.2023

Última versão dos autores: 22.10.2023

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

ABSTRACT: This is a quantitative study using descriptive statistics methods to analyze how deaths from unknown causes in the Brazilian prison system from 2014 to 2021 show an ongoing death policy (necropolitics). The research started with the gathering and organization of official data on mortality rates in Brazilian prison institutions. After tracing the scenario of deaths of unknown cause in the prison population, we examined data from the Mortality Information System (SIM) of DATASUS, which counts and classifies deaths in Brazil over the years. Finally, we analyzed the behavior of data from time series of deaths of unknown cause in terms of increase or decrease. The data analyzed showed that deaths due to unknown causes in Brazilian

RESUMO: Trata-se de um estudo quantitativo utilizando métodos de estatística descritiva para analisar em que medida as mortes por causas desconhecidas no sistema carcerário brasileiro, entre os anos de 2014 e 2021, evidenciam uma política de morte (necropolítica) em curso. A pesquisa iniciou com a reunião e organização dos dados oficiais sobre os índices de mortalidade nas instituições prisionais brasileiros. Em seguida, traçado o cenário de mortes com causa desconhecida na população carcerária, examinamos os dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do DATASUS, que contabiliza e classifica as mortes no Brasil ao longo dos anos. Por fim, analisamos o comportamento dos dados de séries temporais de mortes com causa

prisons represented, on average, 10% of the deaths that occurred in the period considered. Comparing the results with data on deaths from external causes in the population shows that the conditions of deprivation of liberty associated with a necropolitical context enhance the lack of commitment to public care policies for citizens under the guardianship of the state.

KEYWORDS: Necropolitics – Prison system – Human rights – Deaths – Public policies.

desconhecida em termos de aumento ou diminuição. Os dados analisados mostraram que as mortes por causas desconhecidas nas prisões brasileiras representam, em média, 10% dos óbitos ocorridos no período considerado. A comparação dos resultados com os dados de mortes por causas externas na população evidencia que as condições de privação de liberdade associadas a um contexto necropolítico potencializam o descomprometimento com as políticas públicas de cuidado aos cidadãos sob tutela do estado.

PALAVRAS-CHAVE: Necropolítica – Sistema prisional – Direitos humanos – Mortes – Políticas públicas.

SUMÁRIO: 1. Introduction. 2. Method. 3. Results. 4. Discussion. 5. Final considerations. 6. References. 7. Legislation. 8. Jurisprudence.

1. INTRODUCTION

It is not new to say that the Brazilian prison system is collapsing. This situation in which it is immersed has already been recognized by the Brazilian Federal Supreme Court, in the injunction of the Action for Non-compliance with Fundamental Precept No. 347/2015. Daily, Brazilian society and institutions are faced with facts that show the extremely high rate of violence produced in the prison environment. In addition to the deaths produced in the context of rebellions and power struggle between factions that dominate significant spaces of Brazilian penitentiary institutions, the statistics produced about the fulfillment of custodial sentences in the country draw attention to the high number of deaths of detainees due to “unknown causes” – the central theme of this study.

The Federal Constitution of 1988 establishes, in its art. 5, important limitations to the state punitive power directly related to the application of the custodial sentence, by prohibiting: a) the submission of any person to torture or to inhuman or degrading treatment (item III); b) the imposition of death sentences (except in the case of declared war), life sentences, forced labor, banishment or cruel or infamous sentences (item XLVII). Likewise, the Constitutional Text assures everyone, among other guarantees related to the imposition of custodial sentences: a) the individualization of the penalty and its fulfillment in penal establishments that consider the nature of the crime committed, and the convict age and sex (item XLVIII); b) the respect for the physical and moral integrity of the convicts (item XLIX) (BRASIL, 1988).

In the infra-constitutional scope, the Penal Execution Law (Law nº 7.210/1984) establishes, as a duty of the State, the material, sanitary, legal, educational, social, and religious

assistance to the prisoner and the egress of the prison system, with the intention of social reintegration (arts. 10 and 11). These assistances constitute the rights of the convicts (art. 41, item VII). Specifically, the legislation establishes that the sanitary dimension has a preventive and curative character, comprising not only medical care, but also pharmaceutical and dental care, paying attention even to the peculiarities of the condition of convicted women (art. 14). About the structural/architectural aspects of prison institutions, the legislation establishes the mandatory existence of dependencies with areas and services destined to provide assistance, education, work, recreation, and sports practice (art. 83), observing the peculiarities related to the female gender (art. 83, §§ 2 and 3, and art. 89) and the maximum capacity compatible with the structure and purpose of the institution (art. 85) (BRASIL, 1984).

However, there is a large discrepancy between the legal provisions that modulate the fulfillment of the prison sentence and its daily operation. Between the programming and the operationalization of the deprivation of liberty, there are numerous factors that make this penalty extremely distressing, degrading, and cruel, with emphasis on the overcrowding of spaces intended for its fulfillment. In the case law of the Brazilian Superior Courts, as well as international jurisdictional bodies – such as the Court that integrates the Inter-American System of Human Rights –, examples of violation of human rights of the prison population abound. Before being a space for reinsertion/re-education, Brazilian prisons were gradually transformed into spaces for the production of pain and suffering.

Death is one of the emblematic signs of these spaces. In many cases, it is the result of causes that are not even investigated by the Brazilian State itself, which holds absolute responsibility for the protection of the population that inhabits prison institutions. Therefore, it is essential to pay close attention to this fact and its magnitude.

In the investigation of these deaths from “unknown causes” in the Brazilian prison context, we are influenced by the discussion about the state and the politics of life and death that developed through the works of Giorgio Agamben (1988, 2005), Achille Mbembe (2011), and Fernando Coronil and Julie Skurski (2006) who establish a fruitful dialogue with categories pioneered by the philosophy of Michel Foucault. According to Foucault (2011), for many State theorists, the sovereign’s power is defined by the power over life and death. With the advance of the modern State, what Foucault calls biopolitics expands. The power is exercised through governmentality, which manifests itself in the ability to guarantee life through the expansion of health and public hygiene systems; technologies, discourses, and knowledge are then developed to encourage the reproduction of biological life and the sanitary control of the population (itself a product of biopolitics).

The aforementioned authors depart from Foucault’s focus on biological reproduction. For these theorists, the basis of governance is not the reproductive power of the State or its power to “let live”. For them, the killing and death of disposable populations is an essential resource for the current state to maintain its power and guarantee sovereignty. One of the dimensions that does not go unnoticed by the French theorist when analyzing the biopolitical production of power lies in this aspect: the maximization of the improvement of living

conditions for a given population necessarily requires the production of massive death of those individuals who, in a given context, appear as undesirable, object, unworthy of living. State racism – taken to its ultimate consequences, for example, by the Nazi regime in Germany – is one of the ways found to, if not provoke direct murder, enhance the possibilities of death respecting to social groups that, from a set of biopolitical caesuras, present themselves as recipients of a true thanatopolitics.

Agamben reflects on the current authority of modern and democratic States to suspend rights when they identify a “threat” and install, as a consequence, a state of exception. In contexts where the constitutional guarantees and liberties are withdrawn – where the citizenship is mitigated –, the State can kill with impunity (AGAMBEN, 1988, 2005). The state of exception does not remain “exceptional”, but becomes routine, tending to become the mode of government in contemporary ostensibly democratic States. Paradoxically, Agamben points to the intimate solidarity of modern states with totalitarianism and the exceptional measures that underlie it.

Further radicalizing the criticism of the *modus operandi* denounced by Agamben, the Cameroonian philosopher Achille Mbembe (2011), from a decolonial perspective, elaborates on the concept of necropolitics, theorizing the relation between the State and citizens in postcolonial Africa. He proposes a reading of politics through death and sovereignty defined by the “right to kill”. In contrast to Agamben, who focuses on strong and centralized states, Mbembe analyzes the erosion of state capacity in postcolonial contexts to consider the basis of authority and public order. Without the capability to guarantee biological life and the rule of law, the power of the State lies in its capability to administer death. Here, we are dealing with a state that continually invokes exception, urgency, and a fictional perception of the enemy as the normative basis for the right to kill – establishing a true politics of death. As a whole, these authors highlight how the State became an agent of massive death through the suspension of rights.

Based on the convergence between these authors, this study proposes an analysis of the aforementioned mismatch between the programming dimension and the operational dimension of the Brazilian prison system. This mismatch is revealed mainly by the repeated violation of the legally guaranteed rights of incarcerated individuals, and by the production of a very significant number of deaths – many of them in circumstances in which it is not even possible to determine the cause. In this study, this mismatch will be put in perspective from the analysis of the number of deaths from unknown causes shown by the latest statistics produced in Brazil regarding the prison population. Comparing these numbers with those referring to deaths from external causes in the Brazilian population in general, the article seeks to answer the following research problem: under which aspects do the statistics related to deaths from unknown causes in the Brazilian prison system from 2014 to 2021 produced by official institutions, compared to data related to the general population, show an ongoing death policy (necropolitics)?

Our analysis is based on an anthropological and sociological perspective on the cultural practices of everyday life, which focuses on how subjects experience their everyday reality.

This perspective analyzes the condition of citizenship and the construction of the collective subject and individuals in the relation to other actors, with a privileged actor, in particular, the State (ANLI; CRUZ; OLIVEIRA, 2021).

Thus, the present study becomes relevant due to the overcrowding, precariousness, and unhealthy conditions of prisons; to the situation in which people deprived of their liberty live in an environment conducive to the proliferation of diseases; and to the possibility of giving more visibility to this theme. In view of the above, this study aimed to analyze to what extent the statistics related to deaths from unknown causes in the Brazilian prison system from 2014 to 2021 show an ongoing death policy.

2. METHOD

This quantitative study used descriptive statistics methods to analyze the extent to which deaths from unknown causes in the Brazilian prison system from 2014 to 2021 show an ongoing death policy (necropolitics).

At first, data on mortality rates in Brazilian prison environments were gathered. For this, the database of the National Survey of Penitentiary Information of SISDEPEN under the responsibility of the National Secretariat of Penal Policies (SENAPPEN, 2022) was used, which collects information every six months through electronic questionnaires filled out by representatives of each Brazilian's prison unit. The database presents seven indicators, including the number of deaths that occurred in each prison, according to the classification of five causes of death, namely: natural/health reasons, criminal, suicide, accidental, and unknown causes.

Having outlined the scenario of deaths with unknown causes in the prison population, the second stage of the study aimed to compare the situation in prisons with that of deaths with unknown causes in the general population. For this measurement, data from the Mortality Information System (SIM) of DATASUS (BRASIL, 2022) were used, which counts and classifies deaths in Brazil over the years. There is no specific indicator in this database that quantifies deaths with unknown causes.

The third and final stage focused on the analysis of the behavior of time series of data on deaths in terms of increase or decrease of these deaths due to unknown causes. For this purpose, the non-parametric Mann-Kendall statistical test (MANN, 1945; KENDALL, 1975) was used to assess the existence of a monotonic trend of increase or decrease in the temporal series of mortality. This test was applied in this research because it is more suitable than the parametric linear regression analysis, as it does not require the trend to be linear. The statistical test was performed with the R 4.2.2 software (RCORE TEAM, 2022) and the Trend package v. 1.1.4 (POHLERT, 2020).

3. RESULTS

The number of deaths recorded in all Brazilian prisons were accounted for each of the five causes of death. The percentage distribution of deaths in the Brazilian prison

population according to the causes of death for the period between 2014 and 2021 is organized in Table 1. The aim was to compare the proportion of deaths with unknown causes to those of other causes.

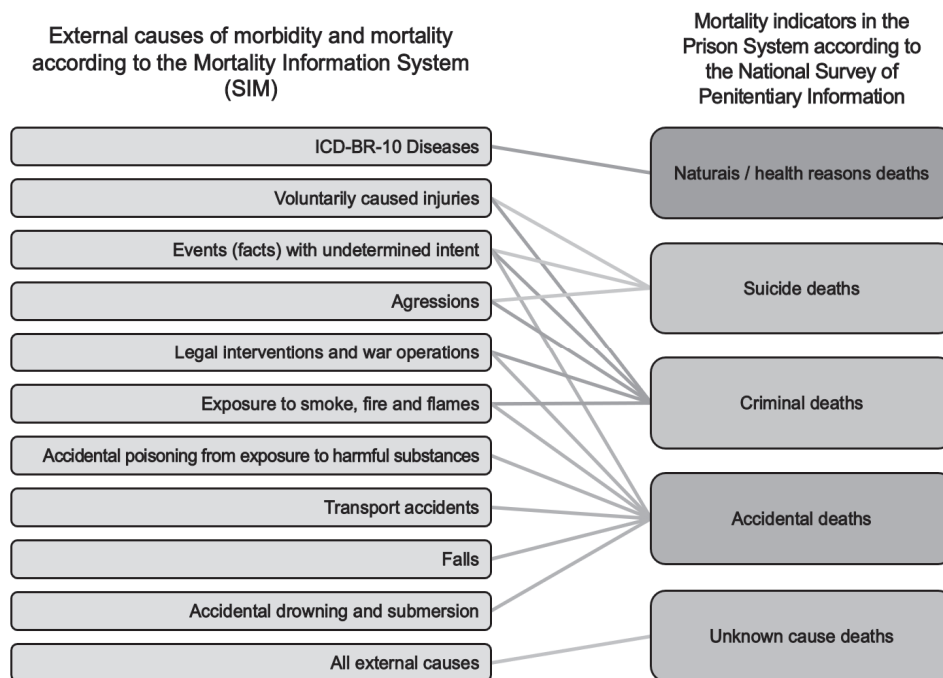
Table 1 – Percent distribution of deaths in the prison population, according to the causes of death, Brazil, 2014-2021

Causes	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
Natural/ health reasons deaths	46,64	59,51	58,07	56,47	64,80	64,91	56,00	60,96
Criminal deaths	28,80	22,38	24,93	28,16	17,20	17,55	14,49	17,87
Suicide deaths	10,07	8,80	6,19	7,27	8,92	8,84	8,06	6,88
Accidental deaths	5,12	2,52	1,63	0,58	0,37	1,16	0,94	2,10
Unknown cause deaths	9,36	6,79	9,18	7,51	8,71	7,55	20,51	12,19

Source: SISDEPEN, 2022.

In the SIM, the deaths are classified based on the diseases that caused them and also by external causes, namely those not arising from morbidities, such as deaths from injuries, assaults, and accidents, among others (ICD-BR-10 tabulation). One of the indicators of the group of deaths from external causes called “all external causes” accounts for deaths not caused by illness and also not classified under any of the other external causes. These are, therefore, deaths whose cause was not defined for notification purposes. Thus, the proportion of these deaths from external causes in the SIM was compared with the deaths with unknown causes in the SISDEPEN to verify whether there was a difference between these numbers. Although these databases were built by distinct research institutions, with particular data collection methods, it is possible to approximate the results, since the SIM indicators may correspond to those of SISDEPEN in terms of classification of the cause of death, as illustrated in Figure 1.

Figure 1 – Correspondence between the classification categories of causes of death from the Mortality Information System (SIM) and the National Survey of Penitentiary Information

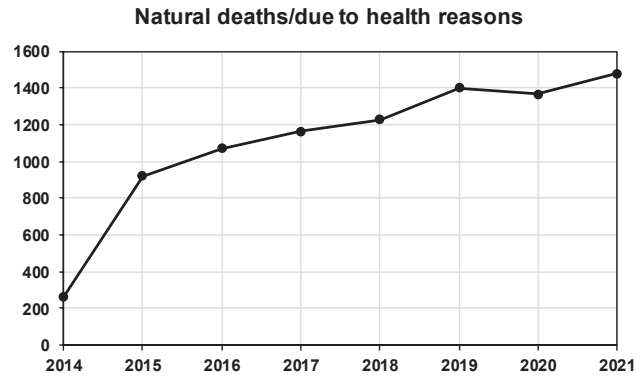


Source: SIM (BRASIL, 2022).

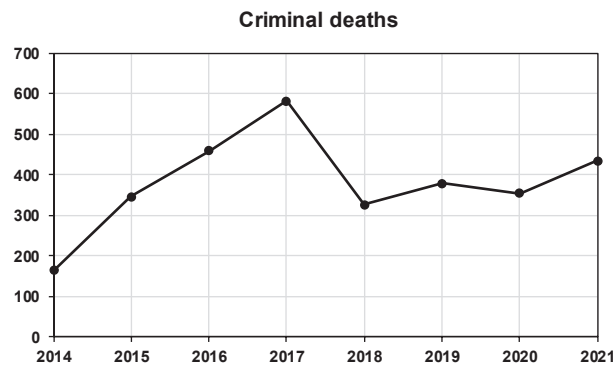
The data indicated that natural/health reasons were the most prevalent causes in all the years analyzed, accounting for more than 46% of deaths in prison environments in Brazil between the years 2014 to 2021. Accidental deaths were those with the lowest prevalence, and in the years 2017, 2018, and 2020 they did not reach 1% of deaths. Deaths with unknown causes reached an average of 10.23% of deaths in the period, with the lowest record in 2015 and the highest in 2020.

To observe the evolution of each cause of death over the years 2014 to 2021, time series of mortality in the Brazilian prison population were organized (Figure 2).

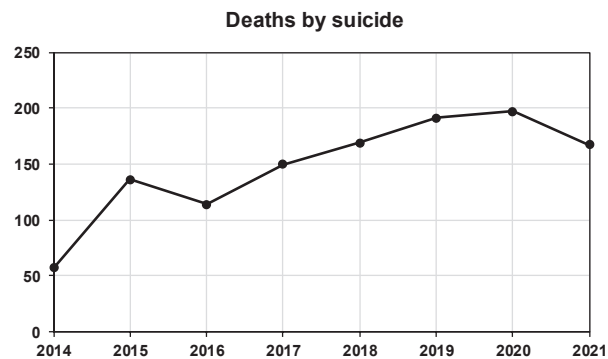
Figure 2 – Mortality in the prison population according to causes of death, Brazil, 2014-2021



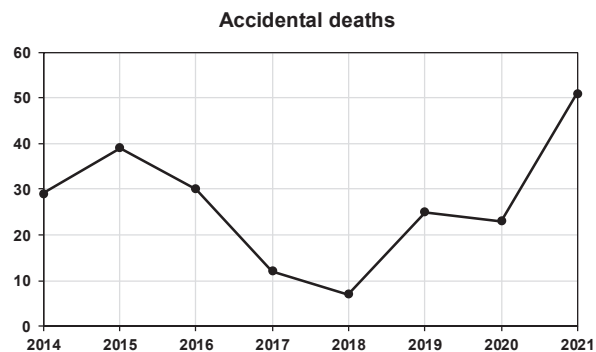
(a)



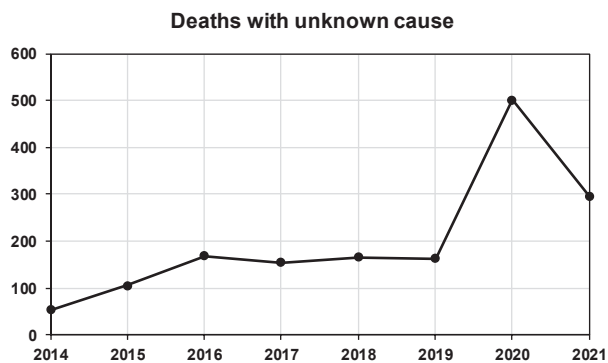
(b)



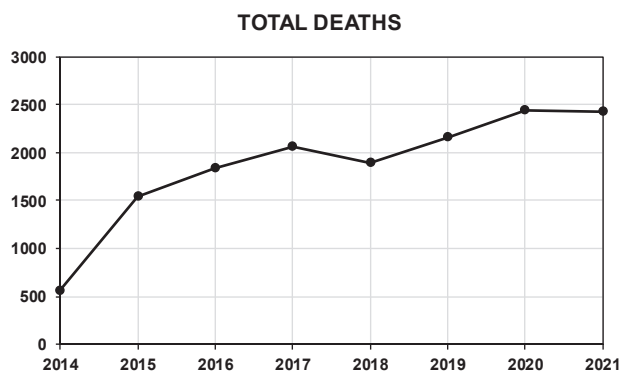
(c)



(d)



(e)

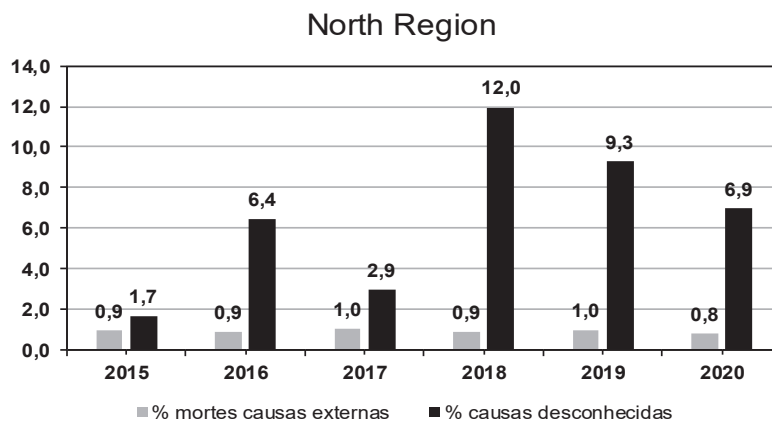


(f)

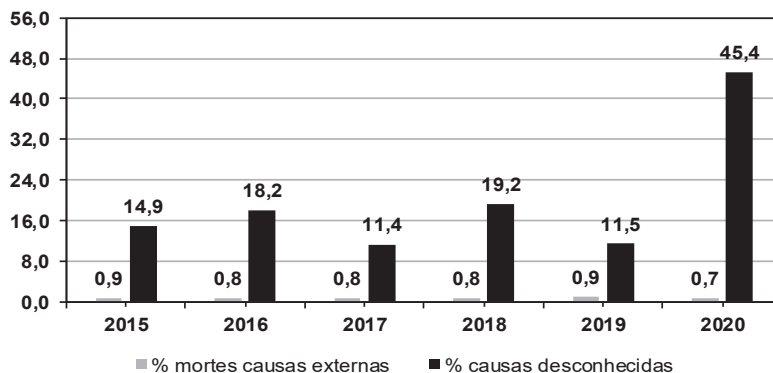
Source: SISDEPEN, 2022.

Figure 2 showed that natural/health reasons deaths increased during practically the entire period. The exception occurred in the year 2020, when 1368 deaths were recorded, a number lower than that of the immediately previous year. However, 2021 had the highest number of deaths in the seven years observed. Regarding deaths resulting from criminal acts, there was an increase between 2014 and 2017. In 2018 there was a significant drop in the number of deaths from this cause (from 581 in 2017 to 326 in 2018) and in the following years, there were small fluctuations, which varied in the order of 80 deaths. The curve of deaths by suicide also increased for most of the period, having registered a decrease only in the years 2018 and 2021. In accidental deaths, the lowest value was found in 2018, with 7 deaths, and the highest in 2021, with 51 deaths. Deaths from unknown causes ranged between 53 and 501 deaths, having registered a peak in 2020. The analysis of the total number of deaths indicates a decrease is observed in 2018 (probably influenced by the decline in accidental deaths) and a slight decrease in 2021 (ranging from 2443 in 2020 to 2428 deaths in 2021). SIM organizes the data by federative units and SISDEPEN is referenced by penitentiary units. Therefore, to make the comparison possible, some adjustments were made to the SISDEPEN database. Each prison unit was identified based on the state where it is located and the number of deaths in the entire state territory was summed. The comparison between the percentage of unknown deaths in the prison population and the percentage of deaths from external causes in the population from 2015 to 2020 is shown in Figure 3. The data were organized according to the regions of Brazil.

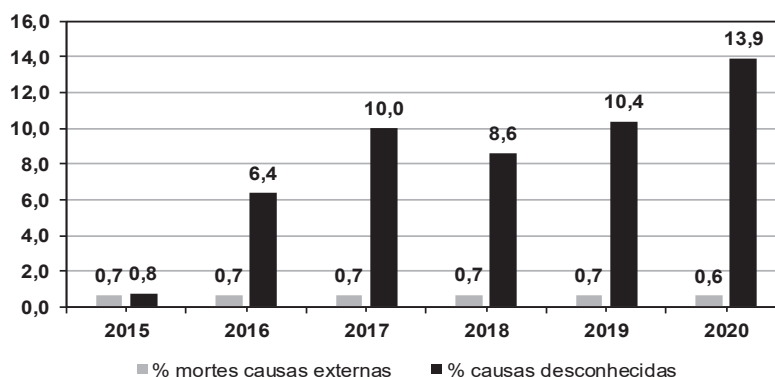
Figure 3 – Percentage of deaths from unknown causes in the prison population and deaths from external causes in the general population, by region of Brazil, 2015-2020



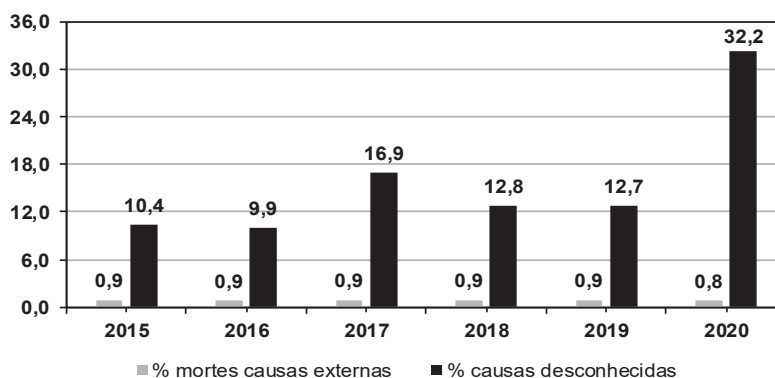
Northeast Region

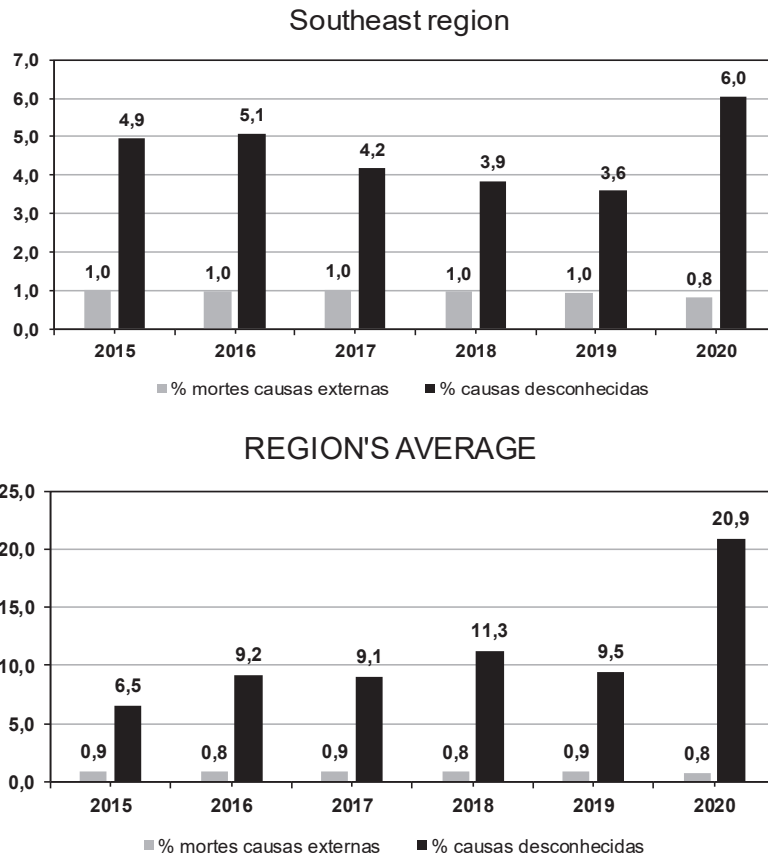


South Region



Midwest Region





Source: SISDEPEN, 2022; SIM (BRASIL, 2022).

In order to directly compare the percentage rates of deaths of the prison population from unknown causes and the percentage rates of deaths of the Brazilian population in general from external causes, the ratio between these percentages and the average ratio, by region, in the period from 2015 to 2020, were computed. If the mortality of the prison population is equivalent to that of the general population, this ratio should be close to unity.

Finally, Table 2 presents the ratios between the percentage rates of deaths from unknown causes in the prison population and deaths from external causes in the general population.

Table 2 – Ratio between percentages of deaths from unknown causes in the prison population and from external causes in the general population, for each region of Brazil, over 2015-2020

Regions		2015	2016	2017	2018	2019	2020	Average
Ratio	North	1,9	7,1	2,9	13,3	9,3	8,6	7,1
	Northeast	16,6	22,8	14,3	24,0	12,8	64,9	24,6
	Southeast	4,9	5,1	4,2	3,9	3,6	7,5	4,8
	South	1,1	9,1	14,3	12,3	14,9	23,2	12,2
	Central-West	11,6	11,0	18,8	14,2	14,1	40,3	17,9

Source: SISDEPEN, 2022; SIM (BRASIL, 2022).

The computed ratios indicated that the Northeast region had, on average, a greater disparity in deaths from unknown causes in prisons in relation to the deaths from external causes in the general population. The smallest average ratio was found for the Southeast region. It should be noted that in 2015 the South region presented almost an equivalence between the two percentages of deaths. However, and that from 2016 there was a significant change in this proportion.

The data indicated that in Brazil, in the period considered, the percentage of deaths from unknown causes was higher in the prison population, for all regions, when compared to the percentage of deaths from external causes in the general population. The percentage of deaths from unknown causes in 2020 in the Northeast reached 45.4% of the registered deaths. In the same year, the Central-West region registered 32.2% of deaths in this same category. By observing the region's average (Figure 3), it is possible to see that deaths from external causes did not reach 1%, while deaths from unknown causes ranged from 6.5% to 20.9%.

The Mann-Kendall statistical test applied to data on deaths from unknown causes in the prison population for each region of Brazil between 2015 and 2020 indicated that there is a trend towards a statistically significant increase in this number of deaths only for the South region (p -value = 0.02417). When the same test was applied to the global Brazilian scenario, considering the sum of all regions for each year, (Figure 2e) it also indicated a statistically significant upward trend (p -value = 0.03545). For comparison purposes, the same test indicated, however, that there is no upward trend for accidental deaths in prison units (Figure 2d).

4. DISCUSSION

The analyzed data revealed that within the period under consideration (2014-2021), deaths from unknown causes in Brazilian prisons averaged of 10%. When we compare this number to the number of deaths from external causes within the broader Brazilian population, it becomes evident that when an individual is in the group of persons deprived of

liberty in the country, he will be ignored by the state. This notion is further emphasized by the significant disparity between the two groups in terms of how the reasons for these deaths are documented.

Following Alves et al. (2017) and Oliveira; Nascimento; Araújo (2023), the percentage of deaths from unknown causes in the prison environment is very high for a population that is under State custody. By the way, in this condition, the prison population should receive a differentiated treatment about the protection of life, health, and physical safety, under the terms of the Brazilian constitutional and infra-constitutional legislation applied to the execution of the deprivation of liberty already highlighted in the introduction of this study.

The operating conditions of the Brazilian prison system make us intuit that the high number of deaths may be a result of the situation of overcrowding in the country's penitentiaries (CALICH, 2021). The National Survey of Penitentiary Information – January to June 2022 – informs that the country has 469,076 vacancies in the prison system and has 837,443 people deprived of liberty, and, of this total, 175,528 people are serving time in a home regime. In addition, the country accounts for 190,771 (29.14%) pre-trial detainees, 1,987 (0.36%) people in compliance with a Security Measure and 399 in outpatient treatment (BRASIL, 2021).

This overcrowding scenario indicates that the national prison system is experiencing a real collapse in terms of fulfilling the declared functions of the custodial sentence, finding itself immersed in an unconstitutional state of affairs – as recognized by the Brazilian Supreme Court, in the preliminary decision issued in the Action against the violation of a constitutional fundamental right (ADPF) nº 347 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015). Arising from the case law of the Colombian Constitutional Court, the institute of the unconstitutional state of affairs appears as a response from that Court to the systematic violation of human rights lacking effective state responses. This decision technique currently reaches a reasonable number of cases conceived as offensive to the dignity of the human person and as resulting from the inability of the State to fulfill its responsibilities (CASTRO; WERMUTH, 2015). In Brazil, the Supreme Court incorporated the institute into its case law as a response to the situation experienced by incarcerated subjects.

The context of violence that marks the national prison system has its roots, as recognized in ADPF nº 347, in the lack of coordination between institutions, in the deficit in the elaboration and implementation of public policies, projects and programs, and in the obscurity in the interpretation and application of the criminal legislation. It identifies, on the one hand, inertia and, on the other hand, the inability of public authorities to face the ills that, historically, underlie the performance of the Brazilian punitive system, notably in the intramural space of prisons. In this sense, the unconstitutional state of affairs appears to be the result of the combination of a varied network of administrative, judicial, and legislative insufficiencies that imply structural flaws (CASTRO; WERMUTH, 2021).

Within the limits of this study, the number of deaths resulting from causes that even the State itself – under whose guardianship the convicts are – can determine, is one of the elements that make it possible to verify the seriousness of the human rights violation of the incarcerated population. It is recognized, in addition to the Brazilian Supreme Court in the

aforementioned ADPE, by the Inter-American Human Rights System in relation, for example, to the Central Prison of Porto Alegre, in the Rio Grande do Sul, and to the Penitentiary Complex of Pedrinhas, in Maranhão, among other cases equally serious ones that have already been brought to the attention of the regional system for the protection of human rights (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013a, 2013b).

The cases mentioned here, as they refer to the penitentiary systems of the South (Porto Alegre Central Prison) and Northeast (Pedrinhas Penitentiary Complex), also raise, based on the data collected in this study, the discussion of two identified statistical trends: there is, in the South region, a statistically significant trend of growth of mortality from unknown causes in the prison setting; on the other hand, the Northeast region of the country is where the greatest difference can be identified between unclassified deaths in prisons relative the general population, with an average value of 24.6 for the percentage ratio for the Northeast shown in Table 2.

In a broader spectrum, the statistics regarding the profile of the incarcerated population in the country shows a clear pattern. Being a man¹, young², black or brown³, with a low level of educational instruction⁴ and poor⁵, significantly increases the chances of being arrested – especially if the offense committed is related to property crimes⁶ and/or drug trafficking⁷. When we compare this profile of the prison population to data of deaths from unknown causes in the prison environment, it becomes evident that these deaths – which

1. 97.01% of the prison population is made up of men; the number of women in custody corresponds to 2.99% (BRASIL, 2021).
2. The age groups of the prison population are: 18 to 24 years old (21.22%), 25 to 29 years old (20.69%), 30 to 34 years old (16.7%), 35 to 45 years old (19.28%), 46 to 60 years old (7.06%), over 60 years old (1.26%) and no information (13.79%) (BRASIL, 2021).
3. The distribution regarding color/ethnicity/race in the Brazilian prison system observes the following numbers: yellow (0.98%), white (32.52%), indigenous (0.19%), brown (50.28%) and black (16.03%) (BRASIL, 2021).
4. The inmates' schooling is evidenced by 3.45% of illiterates; 5.85% literate; 51.35% by incomplete primary education; 13.15% had completed elementary school; 14.98% by incomplete high school; 9.65% had completed high school; 0.95% by incomplete higher education; 0.56% had completed higher education; and 0.04% by education above complete higher education (BRASIL, 2019).
5. As Castro and Wermuth (2021) point out, although there is no specific data related to the topic, the markers of schooling and incidence of crimes denounce the socioeconomic profile of the country's prison population, either because of educational instruction tends to denote, as of its advancement, better income conditions, or because the criminal incidence demonstrates the so-called forced distribution of income.
6. Sinhoretto and Lima (2015, p. 126) point out that the selective bias of the Brazilian penal system is evident every time it is faced with criminal types that involve the circulation – considered necessary or improper – of wealth, so that the Brazilian punitive apparatus acts, above all, in the face of young people and black people who commit crimes of this kind because they belong to the subordinate strata of society.
7. Concerning the national penitentiary population, 71.04% of the incidences of criminal offenses are related to property and drugs (BRASIL, 2021).

often go unpunished due to the absence of a defined cause – are a result of considering these individuals as “disposable”, “spectral” (BUTLER, 2009) and, therefore, their lives are perceived as “unworthy”. This reality has already been highlighted in a similar study carried out by Chies and Almeida (2019, p. 80), who claim that “inhumanity of prisons begins with the selection and exclusion of people who are part of marginalized social groups and solidifies in the persistent violations of the fundamental rights of people deprived of liberty.”

According to Almeida and Massaú (2015, p. 13-14), the scenario analyzed reflects a context of “inhuman normality”, which translates precisely from the “tolerance of the intolerable human indignity that afflicts certain social groups in a situation of economic, political and especially legal vulnerability.”

In this sense, a scenario of violence production compatible with the field paradigm unveiled by the Agambenian philosophy is evident. In this way, it becomes possible to understand the national penitentiary system as a space for the materialization of the state of exception, the establishment of “non-law” or, better said, the conceptual indistinction between law and violence (AGAMBEN, 2008; 2015).

Indeed, concerning people imprisoned in the Brazilian prison environments, the indistinction between law and violence produces a permanent state of exception (AGAMBEN, 2004). It is particularly notable about this governing “technique” is its remarkable versatility in controlling populations considered undesirable or dangerous. It is just the case of the national prison population, as already mentioned, which predominantly consists of young, black, and poor men. The indifference regarding the *causa mortis* of the convicts, in this state of affairs, is justified insofar as, according to Butler (2009), such lives “never were”. Thus, the violence practiced against them is exercised against real “specters”, that is, against unreal subjects, since, from the perspective of violence, there is no possible damage or denial from the moment one is faced with lives that have already been denied, and which, as a result, are not lives worthy of mourning.

In such a context, State racism (FOUCAULT, 2010) becomes, from the reading of the Cameroonian philosopher Achille Mbembe (2018, p. 18), “a technology aimed at permitting the exercise of biopower” whose function is “to regulate the distribution of death and to make possible the state’s murderous functions”, configuring a scenario of necropolitics, that is, the execution of a true death policy. This policy is based on biopolitical caesuras that, once in progress, distance certain human groups from their human dignity, so that their lives, long before their physical/phatic elimination, are considered unworthy of being lived. The lack of obituaries, graves, funeral rites, and, at the very least, identification of the cause of death, is an emblem of the precarious condition to which they have always belonged.

5. FINAL CONSIDERATIONS

The high number of deaths from unknown causes within the scope of the Brazilian penitentiary system highlights the need to analyze the punitive policy beyond a traditional neoliberal lens and suggests a reflection on how the State creates and legitimizes, about certain subjects, a permanent state of exception. Within this state of exception, there is

a lethal stigmatization centered on black men from poor neighborhoods, stigmatization used to justify their deaths through a mistaken conceptual equation between these population strata and the subjects considered “dangerous” from a political criminal point of view.

This is expressed in the creation of extremely degrading categories in which these men, as well as the neighborhoods they come from, are assigned. A striking aspect of this lethal stigmatization lies in the notion that incarcerated individuals – mostly black and from peripheral communities – constitute a biological threat. In consequence, it rationalizes the violence inflicted on their bodies as a sort of aseptic measure. In other words, the lives of “decent” citizens depend on their elimination. This represents a clear example of state racism, as revealed by Foucaultian philosophy.

These definitions regarding racism in the context of the modern State, incite and justify the abandonment and killing of those prisoners, guarded in the prison system. This policy of death – or necropolitics, in Mbembe’s lexicon – shows an abysmal mismatch between the declared (legitimizing) functions and the operational function performed by the system of deprivation of liberty in Brazil. The number of deaths resulting from causes that are not known by the Brazilian State itself – under whose guardianship this population is found – is, within the limits of the hypothesis that was sought to be confirmed in the present study (based on statistics produced by the agent violating the constitutional and infra-constitutional norms analyzed here), the major sign of the ongoing murder policy.

In this sense, the analyzed data allow an affirmative answer to the research problem that guided this investigation: the statistics related to deaths from unknown causes in the Brazilian prison system, between the years 2014 and 2021, produced by official institutions, when compared to data related to the population in general, show the operability of a death policy (necropolitics) within the prison in Brazil.

The abandonment of prisoners is denounced by the much higher record of deaths from unknown causes compared to the general population. And this trend is observed in all regions of the country and in all years analyzed, including statistical trends of growth related to the South Region – data which reaffirms the urgency of the discussion that this study aims to raise.

6. REFERENCES

- AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, G. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pretextos, 1988.
- AGAMBEN, G. *Meios sem fim: notas sobre a biopolítica*. Trad. Davi Pessoa. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2015.
- AGAMBEN, G. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, G. The state of exception as a paradigm of governance. In: AGAMBEN, G. (ed.). *State of Exception*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2005. p. 1-31.
- ALMEIDA, B. R.; MASSAÚ, G. C. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, vol. 41, 2015. p. 1-16.

- ALVES, J. P.; BRAZIL, J. M.; NERY, A. A.; VILELA, A. B. A.; FILHO, I. E. M. *Perfil epidemiológico de pessoas privadas de liberdade*. Rev. Enferm. UFPE on-line, Recife, v. 11, n. 10, 2017. p. 4036-4044.
- ANLI, C.; CRUZ, M. M.; OLIVEIRA, L. G. D. *A atenção à saúde dos reclusos em Maputo: é viável avaliar?*. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 44, n. 127, 2021. p. 1079-1092. DOI: [https://doi.org/10.1590/0103-1104202012710].
- BRASIL, Ministério da Saúde. Banco de dados do Sistema Único de Saúde – DATASUS. *Informações de Saúde, Sistema de Informações sobre Mortalidade*. 2022. Disponível em: [http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sim/cnv/obt10uf.def]. Acesso em: 16.03.2023.
- BRASIL. *Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)*. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen]. Acesso em: 09.01.2023.
- BRASIL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2021. Disponível em: [https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen]. Acesso em: 09.01.2023.
- BUTLER, J. *Vida precária: el poder del duelo y la violencia*. Trad. Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Paidós, 2009.
- CALICH, A. P. M. A “pena de morte” no Estado pós-colonial: o sistema carcerário sob a ótica da necropolítica e da injustiça social. *Boletim do IBCCRIM* 339, fev. 2021. Disponível em: [https://ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/738]. Acesso em: 09.01.2023.
- CASTRO, A. G.; WERMUTH, M. A. D. *Estado de coisas inconstitucional: a violação de Direitos Humanos no sistema carcerário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2021.
- CHIES, L. A. B.; ALMEIDA, B. R. Mortes sob custódia prisional no Brasil. Prisões que matam; mortes que pouco importam. *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 32, n. 45, 2019. p. 67-90.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 11/2013*. Medida Cautelar nº 367-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, Brasil. 16 de Dezembro de 2013a. Disponível em: [https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/MC367-13-pt.pdf]. Acesso em: 15.03.2023.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 14/2013*. Medida Cautelar 8-13. Assunto: Pessoas Privadas de Liberdade no “Presídio Central de Porto Alegre”, Brasil. 30 de Dezembro de 2013b. Disponível em: [http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf]. Acesso em: 15.03.2023.
- CORONIL, F.; SKURSKI, J. Dismembering and remembering the nation: The semantics of political violence in Venezuela. In: CORONIL, F.; SKURSKI, J. (eds.). *States of Violence*. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 2006. p. 83-143.
- FOUCAULT, M. *Defender la sociedad*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- KENDALL, M. G. *Rank Correlation Methods*. 5. ed. London: Charles Griffin, 1975.
- MANN, H. B. *Nonparametric tests against trend*. *Econometrica*, v. 13, 1945. p. 245-259.
- MBEMBE, A. *Necropolítica*. Madrid: Editorial Melusina, 2011.
- MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte*. São Paulo: n-1 edições, 2018.
- OLIVEIRA, G. R.; NASCIMENTO, R. G.; ARAÚJO, A.R. *Saúde no cárcere: Uma revisão integrativa da literatura*. *Textos & Contextos (Porto Alegre)*, 22(1), e42961. 2023. DOI: [https://doi.org/10.15448/1677-9509.2023.1.42961].

- POHLERT, T. *trend: Non-Parametric Trend Tests and Change-Point Detection*. R package version 1.1.4, 2020. Disponível em: [https://CRAN.R-project.org/package=trend]. Acesso em: 09.01.2023.
- R CORE TEAM. *R: A language and environment for statistical computing*. Vienna: R Foundation for Statistical Computation, 2022. Disponível em [https://www.R-project.org/]. Acesso em: 09.01.2023.
- SENAPPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. [banco de dados]. 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/depn/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/bases-de-dados]. Acesso em: 10.03.2023.
- SINHORETTO, J.; LIMA, R. S. de. Narrativa autoritária e pressões democráticas na segurança pública e no controle do crime. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 5, n. 1, p. 119-141, jan./jun. 2015. Disponível em: [http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/299/131]. Acesso em: 09.01.2023.

7. LEGISLATION

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 15.03.2023.
- BRASIL. *Lei 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm]. Acesso em: 15.03.2023.

8. JURISPRUDENCE

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf]. Acesso em: 22.02.2023.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade civil pela chacina carcerária ocorrida no sistema penitenciário amazonense e a parametrização indenizatória pelos óbitos de detentos sob custódia do estado – uma análise da violação de direitos fundamentais no sistema carcerário, de Rodrigo Cavalcante dos Santos e Suennya do Nascimento Alves – *RePro* 311/281-298;
- Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado com relação à morte de detentos por Covid-19, de Maurício da Cunha Savino Filó e Ana Paula Isoppo – *RT* 1060/19-37;
- O abolicionismo prisional de Angela Davis, de Mariana Barrêto Nóbrega de Lucena e Ney Fayet de Souza Júnior – *RBCCrim* 177/271-296;
- O processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional), de Júlio Camargo de Azevedo – *RPC* 6/49-79;
- Os benefícios fiscais como uma forma de incentivo à contratação de presos, egressos do sistema prisional e cumpridores de medidas e penas alternativas, de Cláudio Tessari – *RTrib* 115/245-265;
- Prisão e estigma: reflexões sobre as visitas discentes às unidades prisionais, de Ney Menezes de Oliveira Filho e Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado – *RBCCrim* 150/555-579;
- Radiografia do sistema prisional brasileiro: degradação humana no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de Iasmin da Silva Oliveira e Alon Jeferson Michaleski – *RT* 1013/153-175; e
- Sobre alternativas à crise de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro: da legitimidade da apropriação de elementos jurisprudenciais pelo universo das políticas públicas, de Rafael Seixas Santos – *RBCCrim* 198/303-321.

INTERSECCIONALIDADE E VIOLAÇÕES À SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL: RACISMO ESTRUTURAL E MODELO PATRIARCAL EM RUPTURA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

INTERSECTIONALITY AND VIOLATIONS TO HEALTH IN THE PRISON SYSTEM: STRUCTURAL RACISM AND PATRIARCHAL MODEL IN RUPTURE WITH FUNDAMENTAL RIGHTS

ROBERTA DUBOC PEDRINHA

Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal (PPGD/UERJ). Doutora em Ciências Sociais (IESP/UERJ). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente Credenciada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC/UFF). Pesquisadora do Departamento de Direitos Humanos e Saúde da Fundação Oswaldo Cruz (DHIS/ENSP/FIOCRUZ). Advogada.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6361954941964429>].
ORCID: [<http://orcid.org/0000-0002-9093-9083>].
robertadubocpedrinha@gmail.com

TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA

Doutor e Mestre em Direito (PUC-Rio). Professor Adjunto de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente Credenciado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Professor Titular de Direito Penal (IBMEC-RJ). Advogado Criminalista.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0772405324793889>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9383-5901>].
taiguaralsouza@gmail.com

DOI: [<https://doi.org/10.5281/zenodo.10724817>].

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: O estudo em questão versa sobre as violações aos direitos fundamentais que afetam mulheres negras pobres encarceradas, portanto,

ABSTRACT: The study in question deals with violations of fundamental rights that affect poor black women incarcerated, therefore, in a

em condição de vulnerabilidade. Verifica como o colonialismo, o racismo estrutural e o modelo patriarcal impactaram, particularmente, o acesso à saúde da mulher racializada privada de liberdade. O trabalho em tela utiliza uma metodologia exploratória e qualitativa, ancorada no marco teórico feminista decolonial, antirracista e antipunitivista. Realiza ainda o levantamento de dados atualizados com a análise dos indicadores de saúde, ancorados na dimensão interseccional, atinentes à realidade do sistema prisional brasileiro. Alcança inclusive os impactos provocados no período pandêmico pela Covid-19 no encarceramento feminino, bem como seus desdobramentos hodiernos.

PALAVRAS-CHAVE: Interseccionalidade – Raça – Gênero – Sistema Penitenciário – Colonialismo.

condition of vulnerability. It verifies how colonialism, structural racism and the patriarchal model impacted, particularly, access to health for racialized women deprived of their liberty. The work on screen uses an exploratory and qualitative methodology, anchored in the decolonial, anti-racist and anti-punitivist feminist theoretical framework. It also collects updated data with the analysis of health indicators, anchored in the intersectional dimension, related to the reality of the Brazilian prison system. It even reaches the impacts caused in the pandemic period by Covid-19 on female incarceration, as well as its current unfolding.

KEYWORDS: Intersectionality – Race – Gender – Penitentiary System – Colonialism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Impactos do colonialismo, racismo e sexismo na mulher encarcerada. 3. Violações à saúde da mulher negra encarcerada. 4. Mulheres racializadas encarceradas e pandemia de Covid-19. 5. Considerações finais. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O estudo em questão versa sobre as violações aos direitos fundamentais, particularmente, no campo da saúde, que afetam mulheres encarceradas, majoritariamente negras e pobres, portanto, em absoluta condição de vulnerabilidade. Verifica como o colonialismo, o racismo estrutural e o modelo patriarcal impactaram o acesso à saúde da mulher racializada privada de liberdade. Realiza ainda um levantamento de dados recentes e perfaz uma análise dos indicadores de saúde em face de um olhar interseccional, ambos atinentes à realidade do sistema prisional brasileiro. Alcança inclusive os resultados derivados do período pandêmico, com a incidência da Covid-19 no encarceramento feminino, com seus desdobramentos atuais.

O trabalho em tela utiliza uma metodologia exploratória e qualitativa. Está ancorado no marco teórico feminista decolonial, antirracista e antipunitivista, de onde se desenha sua revisão bibliográfica. Nessa seara, estabelece uma profunda interlocução com o pensamento da criminologia crítica e abolicionista, em constante diálogo com intelectuais negros e decoloniais, portanto, latino-americanos, africanos, e europeus críticos em conexão com a latinidade, bem como feministas inseridas neste viés.

A pesquisa analisa o atravessamento da escravidão, as permanências do racismo, ao instituir o lugar de subalternidade no corpo negro, e particularmente, da mulher negra, para

onde converge o somatório de opressões de raça, classe e gênero, incidentes, em especial, naquelas em situação de cárcere, cuja vulnerabilidade sobressai, pois sofre múltiplas violações impingidas no confinamento, quando se caracterizam graves ofensas aos direitos fundamentais, com afetações, portanto, no campo da saúde física e psíquica, cuja urgência se traduz na denúncia que aqui se faz.

Cumprido ressaltar, no que tange à população negra, a expansão dos baixos índices de expectativa de vida, de acesso às políticas públicas de saúde, de maior taxa de mortalidade (BRASIL, 2017). Trata-se de retratos da escravização e da exploração desses corpos racializados, pelos dados que se atualizam na precariedade da saúde (PEDRINHA, OLIVEIRA, NICOLITT, DIAS, SOUTO, 2022). No que tange particularmente à saúde da mulher negra, custodiada, agrava-se mais, por ser tolhido seu direito à liberdade e por fixar-se em ambiente já declarado pela Suprema Corte do país como um Estado de Coisas Inconstitucional, “de violação generalizada de direitos fundamentais no tocante à dignidade, salubridade, higidez física e integridade psíquica”. (BRASIL, 2015, p. 6).

Destaca-se que as mulheres constituem minoria no sistema prisional, pois sobre elas a incidência do controle social pelo patriarcado sempre foi uma constante. Entretanto, houve um aumento expressivo do encarceramento feminino no período entre 2000 e 2016, que cresceu 656% (BRASIL, 2019). Estas cadeias brasileiras, compostas em sua maioria por corpos racializados, são verdadeiros lugares afrontadores da saúde, com suas celas superlotadas por déficits de vagas e condições de insalubridade incompatíveis com o pleno desenvolvimento físico e mental. Relembrem senzalas e navios negreiros pelo confinamento com ausência de ventilação adequada, em elevadas temperaturas, com forte incidência solar, sem água potável e com alimentação débil.

Nos presídios femininos, de maioria negra, crescem-se, além das violações comuns aos direitos fundamentais dos homens, questões relativas específicas à condição de mulher. Logo, no que diz respeito à saúde feminina, há peculiaridades, como restrições reprodutivas, sexuais, maternas e ginecológicas. Além disso, as mulheres passam ainda por mais dificuldades durante o processo de invisibilidade, silenciamento e inexistência, por estarem inseridas nos grupos mais marginalizados e excluídos da sociedade (RIOS & LIMA, 2020).

2. IMPACTOS DO COLONIALISMO, RACISMO E SEXISMO NA MULHER ENCARCERADA

Cabe rememorar que o colonialismo europeu impôs aos povos do sul do hemisfério a condição de subalternidade e inferioridade, com base na raça (FANON, 2020), critério criado pela colonização para escalonar a humanidade. No qual o colonizador branco ocupava os lugares hierarquicamente superiores e os postos de controle, em detrimento dos pretos e indígenas, o que se perpetua até os dias atuais, através da colonialidade do poder (QUIJANO, 2005).

Esse marco, traçado pelo colonialismo e cimentado com a escravização dos corpos das pessoas racializadas, consolidado pelo patriarcado, levou à concentração do poder masculino e branco do senhor. Portanto, do senhor sobre o escravo, do branco sobre o negro, e do homem sobre a mulher, circunscrevendo a mulher negra abaixo do homem negro. Na divisão

racial e sexual do trabalho, cabia-lhe o doméstico, o mais depreciado, sobrando-lhe o espaço do rebotallo.

Adverte Françoise Vergès que, mesmo hoje, a mulher racializada é encarregada do trabalho de limpeza e de cuidado com o mundo, atividades essenciais à manutenção das estruturas de poder do patriarcado e do capitalismo. O sistema de produção baseado no lucro se vale da denominada economia do desgaste dos corpos racializados:

“Trata-se do esgotamento de forças, em que pessoas são designadas pelo capital e pelo Estado como aptas a serem usadas, a serem vítimas de doenças, debilidades e deficiências que, se reconhecidas pelo Estado após tantas lutas, não chegam a servir para um questionamento da própria estrutura que as provoca”. (VÉRGES, 2020, p. 125).

O trabalho exaustivo e fatigante exercido nas casas da elite, nas fábricas, nas ruas sujeita as mulheres racializadas à exposição a produtos químicos tóxicos e a um esforço físico estafante e penoso, fatores estes que debilitam sua integridade física e mental. Contudo, as mulheres negras seguem na luta pela subsistência, ocupando os trabalhos subalternos (RIOS & LIMA, 2020). Lélia González descortina o lugar da negra, da senzala à favela, da mucama à empregada doméstica (GONZÁLEZ e HASEMBALG, 1982). Aponta como demandam grande esforço físico, poucas horas de sono, pior alimentação, dada a rebaixada posição social. Isso faz com que seu bem-estar, tanto físico quanto psíquico, seja enfraquecido, e os índices de saúde revelem-se inferiores aos das mulheres brancas.

Cumpre destacar que incide ainda na mulher negra o racismo estrutural, inscrito no plano econômico, político e social, compreendido na subjetividade das pessoas, que permeia as relações sociais, constitutivo das interações humanas, que se reverbera nos espaços de aprisionamento frente às pessoas racializadas (ALMEIDA, 2020). Portanto, o supracitado racismo estrutural produz efeitos que também afetam a saúde da mulher negra (OLIVEIRA, 2020). Dessa forma, nota-se a produção de dor e sofrimento, que ocasionam baixa autoestima, depressão, ansiedade, que deterioram a saúde mental, além de tensões musculares, gastrites, cefaleias e doenças autoimunes, que danificam a saúde física. Tais reflexos são potencializados, especialmente, em regimes de segregação, como o cárcere, que foi planejado e projetado por homens e inicialmente para homens, sem especificidades que contemplem o gênero feminino.

Todavia, o sistema prisional, a partir do momento em que passa a abarcar também as mulheres, não cumpre as demandas relativas à condição feminina, as quais são invisibilizadas, como as questões atinentes à saúde sexual, à saúde reprodutiva, ao local adequado para gestantes e lactantes. Ressalta-se que as mulheres aprisionadas são, em sua maioria, negras, as quais são seletivamente pinçadas, em decorrência do racismo estrutural que confere vertebração ao modelo punitivo, posto que lhe é constitutivo. Logo, a mulher, em especial a negra, por vivenciar historicamente a posição de inferioridade, decorrente da desigualdade de gênero advinda do modelo patriarcal, desde a colonização, reinaugura um maior apagamento e silenciamento no cárcere.

Afinal, a mulher racializada, mesmo sem estar encarcerada, já sofre os impactos do sexismo, racismo e substrato social. Como aludiu Kimberlé Crenshaw, são os efeitos da

interseccionalidade, do sobrepeso das opressões que se entrecruzam, de gênero, classe e raça (AKOTIRENE, 2019). Na mesma linha, vale conferir os estudos de Patricia Hill Collins complementando o conceito (COLLINS, 2019). No Brasil, como bem acentuou Gonzáles, trata-se das imbricações, uma vez que a mulher negra sofre tripla opressão, da classe social, “dos estereótipos gerados pelo racismo e sexismo, que a colocam no nível mais alto de opressão” (RIOS & LIMA, 2020, p. 58).

Nessa gama, faz-se necessária a construção de políticas públicas que atentem para a questão de gênero e raça. No tocante à proteção e à promoção da saúde da mulher encarcerada, encontra-se frágil previsão na seara internacional, como nas Regras de Bangkok; e no âmbito nacional, como na Constituição Republicana e na Lei de Execução Penal. Todavia, ocorrem flagrantes situações de não efetivação do direito fundamental à saúde, em flagrante ofensa à dignidade humana. Tal realidade se dá também pelo mecanismo de operação do sistema penal subterrâneo (CASTRO, 2005), que atua frente às categorias de pessoas estigmatizadas, em descumprimento com o determinado pelos marcos protetivos. Isso ocorre na:

“execução da pena à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas e sofrimentos físicos e mentais que ultrapassam os previstos pela lei”. (CASTRO, 2005, p. 131-132).

Na prisão, multiplicam-se tais práticas extraoficiais, uma vez que seus muros ocultam as ilegalidades que acometem os seres humanos mais vulneráveis.

Nesse diapasão, as mulheres encarceradas sofrem violência institucional, uma vez que são submetidas pelo Estado a condições de absoluta ausência de direitos fundamentais, sem garantia da própria vida. Mas mesmo antes de ingressarem no sistema prisional, já tinham a negação de garantias pelo Estado, desde as restritas vagas na escola à escassez alimentar. Para além disso, muitas já eram vítimas de violência doméstica e familiar por seus companheiros ou outro familiar, e até violência sexual. Cabe lembrar que a exploração e o domínio sexual do corpo da mulher racializada escravizada era elemento essencial na relação de poder e subjugação que sustentava o sistema escravocrata, possuindo reflexos até a atualidade, na hipersexualização e na imagem do corpo despido de humanidade da mulher negra (RIOS & LIMA, 2020).

A violência à saúde física e psicológica da mulher negra a coloca como alvo preferencial dos procedimentos policiais, muitas vezes vexatórios, os quais ferem sua dignidade, quase nunca realizados por agentes femininas, em desacordo com a legislação. Ademais, em diversas situações, o Estado repressor, com seu projeto da necropolítica (MBEMBE, 2018) realiza abordagens e revistas violentas e abusivas, quando o “braço penal reproduz seu poder por meio da polícia, das prisões e das instituições de medidas socioeducativa” (PASSOS, 2022, p. 251).

Franz Fanon (FANON, 2020) alerta que as condições sociais são importantes para a criação da identidade humana e desvela o sofrimento psíquico e mental que passam as populações negras em busca de identidade cultural, linguística e existencial que lhes foi roubada, apagada e silenciada pelo colonizador europeu. Nessa esteira, frisa-se o processo

de assimilação cultural que passa o negro, pelo sentimento de inexistência e inferioridade frente à branquitude, elencado por Françoise Vergès, onde deve-se admitir:

“Que a longa história da racialização na Europa (que ganhou forma pelo antisemitismo, pela invenção da ‘raça negra’, da ‘raça asiática’ ou do Oriente) não foi isenta de consequências no que concerne à concepção de humano, da sexualidade, dos direitos naturais, da beleza e da feiura.” (VERGÈS, 2020, p. 54).

De modo semelhante, a mulher racializada encarcerada passa por uma nova forma de aculturação, apagamento da sua essência e existência, ao ser obrigada à disciplina, controle e padronização de suas ações, gestos e linguagem, dentro do contexto da instituição total, onde se encontra subjugada (GOFFMAN, 1974), na perda de sua singularidade, causando transtornos à sua saúde mental.

Sublinha-se que a maioria das mulheres encarceradas são negras, jovens e com baixa escolaridade (BRASIL, 2020), com seus corpos calejados pela exaustão de trabalhos informais braçais, e assim, mais vulnerabilizadas fisicamente. Remontam às escravizadas em seus trabalhos forçados, com carga horária superior a 12 horas por dia, no intento de que propiciassem o fortalecimento da economia colonial capitalista, desde a fase mercantil, proporcionando elevado lucro aos seus senhores. Com efeito, as mulheres negras ficavam mais propensas às enfermidades, com imunidade enfraquecida, como se desenha no cenário brasileiro hodierno.

3. VIOLAÇÕES À SAÚDE DA MULHER NEGRA ENCARCERADA

O processo de escravização deixou marcas indeléveis. Os seus efeitos se prolongaram, como desigualdade econômica, social e racial. Assim, contribuíram sobremaneira para que a população negra permanecesse com indicadores de saúde inferiores à média da população branca (CARDOSO, 2015). Verifica-se o escasso acesso às políticas públicas de saúde da população negra, cujas origens remontam ao modelo exploratório colonial que a considerava inferior, na condução das “dinâmicas racistas sobre as condições de vida, de adoecimento e de morte” (OLIVEIRA, 2020, p. 63), e que ainda seguem considerando.

Nessa senda, ao se compreender a saúde coletiva do povo brasileiro, pelos Determinantes Sociais de Saúde (DSS), são desnudados os fatores que corroboram o acometimento de doenças, que não se resumem a condições puramente biológicas, mas sociais, psicológicas, culturais, étnico-raciais, econômicas, com “ancoragem em processos históricos, sociais e subjetivos, importando a maneira com que as sociedades organizam a vida material, social, os espaços e papéis ocupados pelos sujeitos” (OLIVEIRA, 2020, p. 63).

Então, devido a estes fatores históricos de inscrição na subalternidade das pessoas negras, foi instituída a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN) pelo Ministério da Saúde em 2009, tendo como objetivo geral a promoção da saúde integral dos racializados, buscando a redução das desigualdades étnico-raciais, o combate ao racismo e à discriminação nos serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2017). Considerando o racismo estruturante do sistema carcerário, propugna-se fazer-se

imprescindível a aplicação dos princípios e diretrizes da PNISPN dentro da sua Política de Saúde, na busca de equidade étnico-racial.

Informa-se que, em 2009, o Ministério da Saúde editou a Portaria Interministerial 210 que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, com o objetivo de fomentar a elaboração das políticas estaduais de atenção a elas, bem como induzir o aperfeiçoamento do modelo carcerário feminino com o escopo de humanização nas condições de cumprimento da pena. Tem como uma das diretrizes o fomento à adoção de normas e procedimentos adequados às especificidades das mulheres no que tange, por exemplo, ao gênero, idade, etnia, cor ou raça, sexualidade, orientação sexual, dentre outros aspectos relevantes.

Todavia, pouco foi posto em prática. A operacionalidade da concretude dos sistemas penais, que ocorre nas suas verdadeiras entranhas, perpetua a insalubridade do lugar, sem condições básicas de higiene, repleto de animais vetores, transmissíveis de moléstias, como ratos, baratas, moscas e mosquitos. Somam-se umidade, deterioração da arcaica arquitetura prisional e superlotação, que propiciam grande incidência de determinadas doenças, da gripe à tuberculose. Esta última com taxa de ocorrência 28 vezes maior em pessoas privadas de liberdade do que na população em geral (BRASIL, 2011).

Para além dos problemas físicos, notadamente, o aprisionamento leva ao padecimento mental e psicológico dessas mulheres, ao terem que lidar com o esgarçamento dos laços sociais e a ruptura dos vínculos afetivos. Afinal, em sua grande maioria, são abandonadas por familiares e companheiros. Carregam o fardo que lhes é imposto do duplo desvio da mulher, ao descumprirem os ditames do sistema patriarcal de docilidade e domesticidade feminina, como também de violarem a norma penal ao cometerem o crime (WEIGERT & CARVALHO, 2020). Já evocava o positivismo do século XIX, a aberração da natureza, a anomalia que significava uma mulher delinquente (LOMBROSO, 2014).

Cabe relembrar que, no período colonial, imperava a violência sexual contra as mulheres negras, que eram reiteradamente estupradas, uma vez que seus corpos colonizados eram concebidos como mercadorias, coisas para o Direito Civil (PEDRINHA, 2021). Embora, para o Direito Penal, fossem compreendidas como pessoas, com responsabilidade criminal, sendo apenas fisicamente. Eram ainda instrumentalizadas na função de reprodutoras, para procriarem “escravos”, que delas eram apartados e em seguida vendidos (DAVIS, 2016). Dessa maneira, não tinham direito de exercer a maternidade e nem de amamentar seus próprios filhos, apenas os do senhor de engenho, quando eram impingidas a agir como amas de leite.

De modo semelhante, na atualidade, assiste-se às mulheres racializadas encarceradas sofrerem violência materna e obstétrica, sendo submetidas a gestar seus filhos em verdadeiros cativeiros, em pífias condições de higiene, com riscos à saúde, em partos realizados no interior dos estabelecimentos prisionais, e depois viverem com seus lactentes nestas celas insalubres, até serem deles dispersas (ANGOTTI & BRAGA, 2015).

Acerca das mulheres gestantes (LEAL *et al.*, 2016), conforme o estudo *Nascer na Prisão*, confirma-se que a realidade prisional na qual são submetidas implica aumento nos índices de risco no parto e aumento na possibilidade de ocorrência de doenças nas gestantes, como

também nos neonatos e nos infantes. Isso, por ocasião, dentre outros fatores, da ausência/insuficiência de pré-natal e da cobertura vacinal necessária, acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis; pela insalubridade do espaço; ausência de berçário e creche, locais adequados para gestante e criança recém-nascida; ausência de alimentação equilibrada e balanceada para as grávidas e lactantes. A isso, soma-se a insuficiência de escolta para levar as gestantes às consultas médicas, sem contar eventuais abusos no ambiente hospitalar, como o uso de algema durante o parto e após; a proibição de acompanhante durante o trabalho de parto e no pós-parto.

Do total de 28.688 mulheres presas consoante dados do Departamento Penitenciário Nacional; 12.821 mães de crianças (menores de 12 anos) encontravam-se em situação de custódia, sendo que deste quantitativo há 502 infantes em estabelecimentos penais com a genitora. A separação das mães de seus filhos leva à perda da maternagem, dos laços afetivos que unem a todos. Daí, nas mães se produzir ansiedade e angústia, por não poderem acompanhar a educação e o crescimento dos infantes, por não ficarem juntos (BRASIL, 2020). Da mesma forma, como ocorria com as mães negras escravizadas, cujos filhos eram retirados forçosamente, tomados do convívio, e que deveriam prosseguir. Notadamente, hoje, as mães encarceradas lutam para manter a “dignidade da função materna” (RIOS & LIMA, 2020, p. 203).

Destaca-se também, a violência psicológica que vivem as encarceradas-genitoras, sob o risco constante de verem seus filhos serem levados às casas de acolhimento, aos abrigos públicos, e ao cadastro de adoção, caso não ocorra o encaminhamento do bebê para algum familiar que o aceite. Pois, a maioria destas mulheres são chefes de família, mães-solo e, em muitas situações, os pais também se encontram custodiados (isso quando não ocorre o sub-registro paterno), que acarreta desdobramentos negativos para o desenvolvimento da primeira infância.

Vale conferir os dados do Brasil, referentes ao contingente de cerca de 105 estabelecimentos prisionais femininos, que representam mais de 7% da totalidade do país (BRASIL, 2019), em que em apenas 7 deles consta uma equipe própria de ginecologista; em 5 deles uma de nutricionista; e 51 dos estabelecimentos possuem Berçário ou Centro de Referência Materno-Infantil; e 63 deles dormitórios ou celas adequadas para gestantes (BRASIL, 2020). Pelos números apresentados, verifica-se a insuficiência do aparato e de equipes de saúde na proteção e promoção de saúde das mulheres custodiadas pelo Estado, que possui o dever constitucional de efetivação do direito à saúde integral, uma garantia fundamental.

Portanto, a saúde da mulher encarcerada é negligenciada. Vale conferir as estatísticas gerais do DEPEN acerca dos procedimentos médicos realizados, não constam os atinentes à saúde feminina, como exames preventivos, ginecológicos e de saúde materna. Ademais, não há o recorte racial nos indicadores de saúde destes dados, o que dificulta a promoção da saúde da mulher racializada encarcerada, como determina o PNSIPN. Há ainda outro problema, os índices de mortalidade levantados pelo DEPEN não trazem informações apontando as enfermidades que acarretaram óbitos, referindo-se apenas a causas “naturais por motivos de saúde”, o que obsta a elaboração de políticas públicas para a prevenção das mortes evitáveis da mulher em custódia.

Constata-se que, no Sistema Prisional Feminino, composto majoritariamente por mulheres negras, as maiores incidências de patologias caracterizam-se, respectivamente, por *Human Immunodeficiency Virus (HIV)* 43,03%; sífilis 33,82%; hepatite 8,62% e tuberculose 5,23% (BRASIL, 2020). As mulheres encarceradas gestantes possuem maior prevalência do vírus HIV, à sífilis. Há também mais ocorrência da sífilis congênita nos infantes nascidos sob a custódia penal (DOMINGUES *et al.*, 2017). Nota-se semelhança com os indicadores de saúde das mulheres negras, que possuem maior vulnerabilidade às infecções sexualmente transmissíveis em relação às mulheres brancas, com maior taxa de ocorrência de sífilis em gestante e do vírus *HIV* (BRASIL, 2017).

Por fim, consoante o Ministério da Saúde, as mulheres negras, além de estarem mais expostas às Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs), possuem índices superiores de mortalidade materna em relação às mulheres brancas; menor acesso aos exames de mamografia; reduzido número de consultas necessárias para o pré-natal (BRASIL, 2017). Logo, tais dados demonstram o racismo estrutural moldando e informando os indicadores das ameaças à saúde da população negra, quadro que se agrava mais com a pandemia por Covid-19.

4. MULHERES RACIALIZADAS ENCARCERADAS E PANDEMIA DE COVID-19

Ao se analisar a saúde da mulher encarcerada, é imprescindível, no contexto contemporâneo, destacar a Covid-19, declarada doença em estado pandêmico pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 11 de março de 2020. Por se tratar de uma doença infectocontagiosa, com transmissão por gotículas de saliva, através da tosse, pelo ar, dá-se no contato próximo com pessoas ou superfícies contaminadas, e possui como um dos principais fatores de propagação do vírus a aglomeração de pessoas. Assim, as unidades prisionais foram consideradas locais de alto risco pelas autoridades sanitárias para a proliferação da enfermidade, frente à superlotação em celas coletivas e insalubridade (SIMAS *et al.*, 2021).

Diante da pandemia, a Organização das Nações Unidas (ONU), através da agência Organização Mundial da Saúde (OMS), e o bloco regional da Organização dos Estados Americanos (OEA), com o intuito de preservação de vidas e para evitar o contágio, expediram orientações gerais aos países, para adoção de medidas internas pelo Poder Judiciário, dirigidas ao desencarceramento, como a antecipação da liberdade (mesmo que temporária); revogação de prisões provisórias de mulheres gestantes, lactantes, dentre outras; tratamento adequado à saúde física e mental das pessoas encarceradas no contexto da pandemia, assim como ocorre com as pessoas não privadas de liberdade, a fim de que as prisões não se tornassem cenário de mortandade (CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2020).

No cenário nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação 62/2020, objetivando a liberação de pessoas consideradas do grupo de risco para o coronavírus, como: lactantes, gestantes, mulheres responsáveis por crianças até 12 anos de idade ou com deficiência física, idosos, pessoas com comorbidades, entre outras. Recomendou aos juízes a antecipação de direitos, em caso de superlotação prisional, como a progressão

de regime, a concessão de prisão domiciliar, a análise judicial da necessidade da manutenção de prisões cautelares, entre outras medidas.

Todavia, tais recomendações, sem caráter cogente, não foram cumpridas pelos operadores do Sistema de Justiça Criminal, permanecendo as prisões lotadas e sem estrutura para evitar o contágio (BRASIL 2020), com celas insalubres e sem ventilação, sem acesso à água potável, ou com sua escassez, ausência de materiais de higiene, de sabão e álcool, compartilhamento do mesmo precário sanitário; por ação engendrada para a gestação da morte da população negra, iniciada desde o período colonial (MBEMBE, 2018), tendo em vista que a maioria da população carcerária feminina do país é racializada (BRASIL, 2020).

Salienta-se que mesmo as mulheres negras em liberdade respondem pela maioria dos trabalhos domésticos de limpeza e cuidado (VÉRGES, 2020). Ficaram no Brasil também mais expostas ao coronavírus e com riscos maiores de contágio, não podendo se preservar isoladas em ambiente protetivo, como parcela privilegiada da população, que se utiliza dos serviços subalternos por elas prestados. Portanto, das negras livres às apenadas, há uma constante, a conjuntura favorável à propagação do vírus, tornando-as absolutamente vulneráveis à pandemia e à morte.

Assistiu-se à indiferença à vida das pessoas em situação de cárcere durante a pandemia. A edição da Recomendação 90 do CNJ, prorrogou a Recomendação 62, mas não teve grande eficácia; pela orientação para continuação das medidas de contenção da propagação do vírus no sistema prisional, embora com exclusão para condenados por crimes hediondos, dentre outros tipos penais.

Sublinha-se que o tipo penal que mais criminaliza mulheres atualmente é o tráfico de drogas, respondendo por 56,16% da incidência das prisões (BRASIL, 2020), sendo a política criminal de drogas “uma guerra racial que legaliza, com aval constitucional, o direito penal do autor e a pena de morte negra” (GÓES, 2020, p. 165). A comercialização de droga é crime equiparado a hediondo, portanto, exclui para essas mulheres as medidas preventivas do contágio do coronavírus da Recomendação 62 do CNJ, deixando-as confinadas e elevando-as a alvos da necropolítica.

As restrições das medidas humanitárias de prevenção, condicionadas a determinados tipos penais, traduzem a instituição de uma política de Estado destinada àqueles que merecem a proteção, ou não, de suas vidas. Portanto, relegando direitos da maioria das mulheres negras pobres presas que se encontram em estado de extrema vulnerabilidade nas prisões. Conforme Mbembe “ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder” (MBEMBE, 2018: 05). Por ilação, a forma como as instituições de Justiça conduziram a situação pandêmica em relação às mulheres encarceradas reflete os impactos do racismo estrutural na valoração da vida dos corpos negros para os detentores do poder.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado no estudo em tela, pode-se inferir que o processo seletivo de controle social pelo braço penal do Estado seleciona preferencialmente alvos negros (CASTRO,

2005), o que se reflete na taxa de aprisionamento da população racializada. Acresce-se a isso, no encarceramento feminino, o entrecruzamento de opressões de gênero, raça e classe, convergindo na mulher negra e pobre presa à absolutização da vulnerabilidade, pois é a categoria mais suscetível. Daí a urgência da inserção de temática racial e de gênero nas políticas de saúde, ancoradas no princípio da universalidade como um dos balizadores do Sistema Único de Saúde (SUS), mas que devem atentar para as especificidades e vulnerabilidades históricas e sociais da mulher racializada (FAUSTINO, 2022).

Por derradeiro, a partir dos apontamentos acerca do encarceramento, alude-se à reprodução da condição de subalternidade impingida à mulher negra, permanências escravocratas, produzidas pelo colonialismo para dominar, que se potencializam na instituição total (GOFFMAN, 1974), relatada nos baixos indicadores de saúde e nos elevados números de letalidade (MBEMBE, 2018), advindos da dimensão histórica de construção da nação sob as bases do mercantilismo exploratório. Sendo assim, é imperativa a discussão acerca de políticas públicas desencarceradoras, despenalizadoras e antipunitivistas, na ruptura com o patriarcado, o racismo e o colonialismo, inclusivas, na efetivação dos direitos fundamentais, de proteção à saúde e à vida da mulher negra e pobre, e acima de tudo, na garantia de sua dignidade, que deve, impreterivelmente, ser restaurada.

6. REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. Coleção Feminismos Plurais. São Paulo: Pólen, 2019.
- ALMEIDA, Silvio de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, 2020.
- ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Brasília: MJ, IPEA, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_51_Ana-Gabriela_web-1.pdf]. Acesso em: 31.06.2021.
- BRASIL. MJ e SP. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. 2. ed. Brasília: Infopen Mulheres, 2016. Disponível em: [<https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf>]. Acesso em: 10.01.2021.
- BRASIL. MJ e SP. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Sisdepem, 2020. Disponível em: [<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZTk1M-WI5MzUtZDFlMS00NmY0LWJkNjctM2YxZThlODI1MTNlIiwidCI6ImViMDkwN-DIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSection>]. Acesso em: 30.10.2021.
- BRASIL. MJ e SP. DEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: Infopen Mulheres, 2019. Disponível em: [http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depem/sisdepem/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf]. Acesso em: 23.03.2022.
- BRASIL. MS. *Política Nacional de Saúde Integral da População Negra: uma política do SUS*. Brasília: 2017. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_populacao_negra_3d.pdf]. Acesso em: 14.11.2021.

- BRASIL. MS. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Manual de recomendações para o controle da tuberculose no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: [https://bvs-ms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_recomendacoes_controle_tuberculose_brasil_2_ed.pdf]. Acesso em: 14.11.2021.
- CARDOSO, V. Saúde da população negra. *Portal Geledés*. Joinville. Disponível em: [https://www.geledes.org.br/saude-da-populacao-negra/?gclid=CjwKCAjwr_uCBhAFei-wAX8YJgSd1oD2tSw6v5IYGemgSCfiort7ylkBPN2372ocKCWQLpRwDvSKRo-CU9EQAvD_BwE]. Acesso em: 14.11.2021.
- CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Trad. S. Moretsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- COLLINS, Patricia Hill. *Pensamento feminista negro*. Trad. J. Dias. São Paulo: Boitempo, 2019.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Cinco medidas urgentes para a população carcerária durante a pandemia de coronavírus*. São Paulo. Disponível em: [https://www.conectas.org/noticias/5-medidas-urgentes-para-o-sistema-prisional-durante-a-pandemia-de-coronavirus/]. Acesso em: 14.11.2021.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. Trad. H. Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DOMINGUES, Rosa Maria Soares Madeira. et al. *Prevalência de sífilis e infecção pelo HIV durante a gravidez em mulheres encarceradas e a incidência de sífilis congênita em partos em prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017. Disponível em: [http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/pages/iframe_print.php?aid=292]. Acesso em: 13.11.2021.
- FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Trad. S. Nascimento e R. Camargo. São Paulo: Ubu, 2020.
- FAUSTINO, Deivison Mendes. *A identidade, a diferença e a racialização na saúde da população negra brasileira: notas fanonianas para uma agenda de pesquisa*. In: PEDRINHA, Roberta Duboc. et al. (Orgs.). *Racismo, Saúde e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- GÓES, Luciano. *Corpos negros, prisões brancas: discutindo a periculosidade com o criminólogo (?)*. Frantz Fanon. In: MAGNO, Patrícia. et al. (Orgs.). *Direitos humanos, saúde mental e racismo: diálogos à luz do pensamento de Frantz Fanon*. Rio de Janeiro: DPERJ, 2020.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. D. Moreira. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- GONZÁLEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982.
- KELNER, Lenice; FALCÃO, Wanda. (Orgs.) *Mulheres e crianças privadas de liberdade no Brasil*. Florianópolis: Habitus, 2021.
- LEAL, Maria do Carmo. et al. *Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21: 2061-2070, 2016.
- LOMBROSO, Cesare; FERRERO, Guglielmo. *La donna delinquente: la prostituta e la donna normale*. Obra de 1893. 1. ed. 1923. South Carolina: Nabu Press, 2014.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Trad. R. Santini. Rio de Janeiro: N-1 Edições, 2018.
- OLIVEIRA, Roberta Gondim de. *Racismo e suas expressões na saúde*. In: MAGNO, Patrícia. et al. (Orgs.). *Direitos humanos, saúde mental e racismo: diálogos à luz do pensamento de Frantz Fanon*. Rio de Janeiro: DPERJ, 2020.
- PASSOS, Rachel Gouveia. *Eu não consigo respirar: expressões do racismo no contexto do Covid 2019*. In: PEDRINHA, Roberta Duboc. et al. (Orgs.). *Racismo, Saúde e Direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

- PEDRINHA, Roberta Duboc. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- PEDRINHA, Roberta Duboc; DIAS, Pablo; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; SOUTO, Lúcia; NICOLITT, André (Orgs.). *Racismo, Saúde e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (comp.). *A colonialidade do saber eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. Disponível em: [<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>]. Acesso em: 22.09.2021.
- RIOS, Flávia; LIMA, Márcia. (Orgs.). *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos* – Lélia González. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- SIMAS, Luciana. *et al.* Por uma estratégia equitativa de vacinação da população privada de liberdade contra a COVID-19. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 37(4): 2021. Disponível em: [<http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1369/por-uma-estrategia-equitativa-de-vacinacao-da-populacao-privada-de-liberdade-contra-a-covid-19>]. Acesso em: 15.10.2021.
- VERGÊS, Françoise. *Um feminismo decolonial*. Trad. J. P. Dias e R. Camargo. São Paulo: Ubu Editora, 2020.
- WEIGERT, Mariana de Assis; CARVALHO, Salo de. Criminologia Feminista com Criminologia Crítica: Perspectivas teóricas e teses convergentes. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, 11(3): 1783-1814, 2020. Disponível em: [<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/38240>]. Acesso em: 20.10.2021.

7. JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. CNJ. Recomendação 62. Brasília: CNJ, 17 mar. 2020a. Disponível em: [<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>]. Acesso em: 10.05.2020.
- BRASIL. MJ e SP. DEPEN. Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos. *Nota Técnica 83/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ*. Brasília: DIAMGE, 2020. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/nota_tecnica/P_EXE-CU%C3%87%C3%83O_PENAL/NOTA_T%C3%89CNICA_N%C2%BA_90.2020.DIAMGE.CGAP.DIRPP.DEPEN.MJ.pdf]. Acesso em: 31.10.2021.
- BRASIL. STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF*. PSOL X União. rel. Min. Marco Aurélio de Mello. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>]. Acesso em: 06.06.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A estigmatização da mulher negra no sistema criminal: uma análise do crime de tráfico de drogas sob a perspectiva do *labeling approach*, de Thainá Lopes Dellacqua e André Filipe Pereira Reid dos Santos – *RBCCrim* 169/119-138;
- A internalização das regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massam, de Luciana Costa Fernandes e Mariana Paganote Dornellas – *RBCCrim* 145/209-240;
- A (não) aplicação de prisão domiciliar a gestantes e mães: um estudo sobre o cumprimento do HC Coletivo 143.641 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de Vanessa Meneguetti e Camila Nunes Dias – *RBCCrim* 165/379-419;
- A percepção de suporte social em mulheres encarceradas, de Carla Priscilla Castro Sousa e Lucas Guimarães Cardoso de Sá – *RBCCrim* 146/151-171;
- Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões, de Natacha Alves de Oliveira e Luciana Costa Fernandes – *RBCCrim* 134/189-217;
- O controle penal moderno: colonialidade do poder e aprisionamento feminino, de Camila Damasceno de Andrade – *RBCCrim* 129/69-105;
- O encarceramento feminino no Brasil e a política legislativa brasileira em face das regras de Bangkok, de Douglas Bonaldi Maranhão e Amanda Mendes Gimenes – *RBCCrim* 147/219-249; e
- Política carcerária, maternidade e pandemia da Covid-19: tutela coletiva da liberdade diante da violação de direitos fundamentais, de Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Diógenes Wagner Silveira Esteves de Oliveira e Ariadna Leticia Figueiredo de Jesus – *RT* 1061/175-195.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA DE JOHN BRAITHWAITE: A REPERCUSSÃO DA OBRA NA PRODUÇÃO TEÓRICA BRASILEIRA

*JOHN BRAITHWAITE'S RESTORATIVE JUSTICE: THE REPERCUSSION OF
THE WORK IN THE BRAZILIAN THEORETICAL PRODUCTION*

RUBENS LIRA BARROS PACHECO

Doutorando em Direito (PPGD/UFBA). Mestre (2019) e Bacharel (2010) em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Possui especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Social da Bahia (2012). Servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6911426796998304].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-3021-2605].
rubenslbarros@gmail.com

ALESSANDRA RAPACCI MASCARENHAS PRADO

Doutorado e Mestrado em Direito pela PUC-SP. Graduação em Direito pela UFBA. Integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA. Ex-Presidente e atual membro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Professora de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFBA.
Lattes: [lattes.cnpq.br/2158993363327030].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-9972-6634].
alessandra.prado@ufba.br

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10724798].

Recebido em: 11.07.2023

Aprovado em: 22.02.2024

Última versão dos autores: 26.02.2024

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O artigo examina a trajetória e a recepção da obra restaurativista do criminólogo australiano John Braithwaite no Brasil. Considerando o risco de importação irrefletida de obras estrangeiras em meio a uma conjuntura de colonização da Justiça Restaurativa, questiona-se qual a repercussão dessa obra sobre o

ABSTRACT: This paper examines the trajectory and reception of the restorative work of the Australian criminologist John Braithwaite in Brazil. Considering the risk of thoughtless importation of foreign works in the midst of a situation of colonization of Brazilian Restorative Justice, it is questioned what the repercussion of this work

pensamento restaurativista brasileiro. Por meio de revisão sistemática, em um primeiro momento, examina-se o estado da arte da Justiça Restaurativa de Braithwaite enquanto objeto de pesquisa de trabalhos científicos publicados no Brasil. Em um segundo momento, investiga-se a maneira como sua obra é referenciada por pesquisadores nacionais. Os principais resultados revelam um número ínfimo de trabalhos científicos publicados no país, em português, que se dedicam ao estudo da obra braithwaiteana, ao passo em que demonstram uma tendência à referência seletiva e superficial. Conclui-se que a escassez de trabalhos científicos extensivos voltados ao tema, associada a uma tendência de abordagens superficiais, corroboram a existência de um processo de colonização do saber da Justiça Restaurativa brasileira e a necessidade de pesquisas mais verticalizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Revisão sistemática – Estado da arte – Justiça restaurativa – John Braithwaite – Colonização.

on Brazilian restorative thought. Through a systematic review, at first, the state of the art of Braithwaite's Restorative Justice is examined as a research object of scientific works published in Brazil. In a second moment, we investigate how his work is quoted by national researchers. The main results reveal a tiny number of scientific works published in the country, in Portuguese, that are dedicated to the study of Braithwaite's work, while demonstrating a tendency towards selective and superficial referencing. It is concluded that the scarcity of extensive scientific work on the subject, associated with a tendency towards superficial approaches, corroborate the occurrence of the process of colonization of Brazilian Restorative Justice knowledge and the need for more verticalized research.

KEYWORDS: Systematic review – State of art – Restorative justice – John Braithwaite – Colonization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 2.1. Estado da arte: estudos sobre a obra de Braithwaite no Brasil. 2.1.1. Etapa 1 – Identificação dos buscadores (indexadores). 2.1.2. Etapa 2 – Identificação dos descritores e execução da pesquisa nos bancos de dados. 2.1.3. Etapa 3 – Revisão da pesquisa em bancos de dados suplementares. 2.1.4. Etapas 4, 5 e 6 – Tabulação dos dados, exame qualitativo das obras, resultados alcançados. 2.2. Citações da obra de Braithwaite nos estudos sobre justiça restaurativa. 3. O estado da arte: olhares sobre a obra de Braithwaite no Brasil. 3.1. "A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva". 3.2. "A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social". 3.3. "Republicanismo no sistema penal". 3.4. "A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade". 3.5. Ampla influência, poucos estudos. 4. As citações da obra de Braithwaite: repercussão na produção científica brasileira sobre justiça restaurativa. 4.1. Presença/ausência de citações nos textos. 4.2. Tipo de publicação. 4.3. Fonte de citação. 4.4. Veículo de publicação. 4.5. A trajetória anual de citações. 4.6. Categorias/temas mais citados. 4.7. Temas gerais das publicações. 4.8. Nível de discussão. 4.9. Textos mais citados. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

John Braithwaite é criminólogo, professor emérito da Universidade Nacional da Austrália (ANU), fundador da *School of Regulation and Global Governance* e um dos maiores expoentes do pensamento restaurativista no mundo. No Brasil, seu nome aparece entre os/

as autores/as que compõem o marco teórico da Justiça Restaurativa (JR) no país (ANDRADE, 2018a, p. 116), e influencia, em alguma medida, tanto a construção do pensamento restaurativo quanto as práticas restaurativas nacionais¹.

Reconhecido por conferir “fundamentação sólida à Justiça Restaurativa” (BENEDETTI, 2005, p. 209), o autor australiano se destaca por sua obra variada, extensa e ao mesmo tempo profunda, sobretudo quando comparada a certa tendência que acompanha os trabalhos acadêmicos sobre JR no Brasil: em grande parte limitados à verificação da aplicabilidade das práticas restaurativas a determinados tipos de crimes por meio do cotejamento abstrato entre características da Justiça Penal e os fundamentos, valores e princípios da Justiça Restaurativa².

O problema de fundo que move esta pesquisa se refere ao processo de dupla colonização a que se tem submetido a Justiça Restaurativa no Brasil: a colonização do ser da JR, pela via da cooptação de suas práticas pelo sistema de Justiça Penal, e a colonização do saber restaurativo, pela formação de um *corpus* constituído principalmente por obras estrangeiras, desacompanhado da devida reflexão crítica sobre seus pressupostos.

Optou-se, portanto, pela realização da presente revisão sistemática³ cujo objetivo geral consiste em investigar o estado da arte do pensamento restaurativista de Braithwaite no Brasil, examinar a trajetória e a maneira como foi recepcionada pelos pesquisadores brasileiros. Espera-se compreender, com essa revisão, o estágio atual dos estudos sobre a obra do autor, o grau de profundidade com que tem sido abordada e como ela tem sido incorporada pelos pesquisadores nacionais em seus trabalhos científicos.

O objetivo geral foi desdobrado em dois objetivos específicos: o primeiro consiste em mapear o estado da arte da Justiça Restaurativa de Braithwaite no Brasil, quando ela é tomada como objeto de pesquisa. O segundo consiste em investigar a maneira como a obra desse autor é referenciada (citada) nos trabalhos científicos publicados no país sobre o mesmo tema.

A hipótese adotada nesta revisão, em particular, construída a partir de indução, ou seja, do contato com a produção literária especializada, é a de que a obra de Braithwaite, embora tenha servido de fonte para o pensamento restaurativo no Brasil, ainda é pouco explorada em sua complexidade. Intuímos que a obra – reconhecida pela profundidade

1. Quanto à influência de Braithwaite sobre o *design* das práticas restaurativas baianas, no núcleo do Largo do Tanque em Salvador, por exemplo, vide as obras de Santos (2015), Carvalho (2015) e Andrade (2018).
2. No mesmo sentido, a crítica de Benedetti (2005, p. 209).
3. De acordo com Sampaio e Mancini (2007, p. 84), a revisão sistemática “é uma forma de pesquisa que utiliza como fonte de dados a literatura sobre determinado tema” e um tipo de investigação que disponibiliza um resumo das evidências mediante a aplicação de métodos explícitos e sistematizados de busca, apreciação crítica e síntese das informações selecionadas. A revisão sistemática “pode se constituir em um estudo do tipo ‘estado da arte’”, quando permite estabelecer “relações com produções anteriores, identificando temáticas recorrentes, apontando novas perspectivas”. Tem por finalidade testar hipóteses, levantar, reunir, avaliar criticamente a metodologia da pesquisa e “sintetizar os resultados de diversos estudos primários” (UNESP, 2015, p. 1).

e sistematicidade – contraditoriamente tem sido subaproveitada, servindo como reserva teórica de citações rápidas sobre os fundamentos da Justiça Restaurativa.

Como técnica de pesquisa, nos valem, sobretudo na segunda parte desta revisão, da Análise de Conteúdo de Laurence Bardin (1977) em suas versões quantitativa e qualitativa. A adoção da técnica se justifica por sua capacidade de produzir inferências a partir do exame da frequência de elementos que se repetem no universo de pesquisa (BARDIN, 1977, p. 114). A pré-análise e a exploração do material se deram nas primeiras etapas de ambas as partes da pesquisa, enquanto o tratamento dos dados e sua interpretação se desenvolveram a partir do exame dos resultados, das conclusões parciais e gerais, conforme descrito a seguir.

Supomos que, caso comprovado o movimento de importação acrítica da obra de Braithwaite no Brasil, ao menos dois efeitos indesejados podem surgir daí: 1) o efeito de colonização do saber da Justiça Restaurativa pela adoção de ideias anglo-eurocêntricas não compatíveis com a realidade brasileira; e 2) a perda da oportunidade de uma tradução consolidadora guiada por uma razão cosmopolita (SOUZA SANTOS, 2002, p. 239), ou seja, a perda da oportunidade de maturação da Justiça Restaurativa brasileira enquanto sistema coerente de conceitos – enquanto “teoria restaurativa” – relativamente autônomo, apropriadamente diferenciado de uma cultura juspunitivista, a partir da zona de contato que se abre com a obra de Braithwaite (aprendizado norte-sul).

2. METODOLOGIA

A pesquisa se dividiu em duas grandes partes, de acordo com cada objetivo específico proposto. A primeira consistiu no mapeamento do estado da arte da Justiça Restaurativa de Braithwaite e foi desdobrada em seis etapas. A segunda consistiu na verificação das citações da obra de Braithwaite encontradas em trabalhos científicos restaurativistas publicados no Brasil e foi subdividida em 3 etapas.

2.1. Estado da arte: estudos sobre a obra de Braithwaite no Brasil

A primeira parte desta revisão pode ser resumida conforme a tabela seguinte:

Tabela 1 – 1ª parte da revisão: estado da arte

Objetivo	Descoberta de quantos e quais trabalhos científicos publicados no Brasil, em língua portuguesa, tratam da Justiça Restaurativa de John Braithwaite como objeto de pesquisa principal
Etapas 1	Identificação dos buscadores (indexadores)
Etapas 2	Identificação dos descritores e execução da pesquisa nos bancos de dados
Etapas 3	Revisão da pesquisa em bancos de dados suplementares

Etapa 4	Tabulação dos dados
Etapa 5	Exame qualitativo das obras encontradas
Etapa 6	Conclusões parciais

Fonte: elaboração própria.

Estabelecemos como objetivo operacional (específico), nesta parte da pesquisa, a descoberta de quantos e quais trabalhos publicados no país, em língua portuguesa, apresentam como objeto principal de pesquisa, categorias ou temas abordados por Braithwaite em sua obra, excluindo aqueles trabalhos que os fazem apenas lateralmente, na forma de citações ilustrativas.

Quanto ao recorte temporal, não estipulamos qualquer limite, por duas razões: 1) porque a intenção era cobrir todo o espectro de publicações sobre o tema no Brasil, desde a primeira até a mais recente; e 2) porque intuímos, com base na história da Justiça Restaurativa no Brasil, que as primeiras publicações deveriam datar da primeira década dos anos 2000, quando tomaram corpo os projetos-piloto de Justiça Restaurativa em território nacional⁴.

2.1.1. Etapa 1 – Identificação dos buscadores (indexadores)

Identificamos duas plataformas principais de busca de trabalhos científicos (indexadores) disponíveis na Internet que viriam a servir de ferramenta para a localização das obras desejadas. A escolha dessas plataformas se deu com base em três critérios: 1) disponibilidade de acesso; 2) plataformas dotadas de processos seletivos para a indexação de trabalhos científicos que garantissem como resultado apenas teses, dissertações e periódicos com qualidade reconhecida no país; e 3) máximo alcance possível da pesquisa sobre temas jurídicos ou de justiça restaurativa (nacional e internacional).

Assim sendo, o Catálogo de Teses e Dissertações e o Portal Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) se mostraram como os instrumentos aptos a satisfazer todos esses critérios simultaneamente.

2.1.2. Etapa 2 – Identificação dos descritores e execução da pesquisa nos bancos de dados

Identificadas as plataformas de busca, passamos a escolher os descritores mais eficientes, ou seja, aqueles capazes de oferecer os resultados mais precisos no menor tempo possível. Com base no tema geral de pesquisa, consideramos o descritor “Braithwaite” (com o operador booleano “”) como o mais adequado para gerar os resultados esperados e o utilizamos juntamente com os filtros “título”, “assunto” e “língua portuguesa” (quando disponibilizados pelas plataformas), ou seus correspondentes, a fim de excluir quaisquer resultados que remetessem simplesmente às referências ou a citações esparsas no corpo dos textos.

4. Para saber sobre a história dessas experiências, vide SICA (2007, p. 225 e ss.).

Reputamos que com o descritor escolhido e com tais filtros seríamos bem-sucedidos na tarefa de encontrar apenas trabalhos científicos que versassem sobre a obra ou categorias próprias do pensamento de Braithwaite como objeto principal de pesquisa.

No processo de busca, foram detectados e excluídos alguns trabalhos repetidos ou que não guardavam qualquer relação com o tema geral da Justiça Restaurativa.

2.1.3. *Etapas 3 – Revisão da pesquisa em bancos de dados suplementares*

Ao final das buscas em cada uma dessas plataformas notamos a ausência de algumas obras importantes (com base na experiência prévia dos pesquisadores) entre os resultados obtidos. Considerando essas lacunas, decidimos nos valer de outros nove indexadores, além do buscador genérico GOOGLE, com a única finalidade de formação de um grupo controle para a realização da revisão da tarefa anterior, ou seja, com a finalidade de confirmar se as pesquisas nas plataformas principais continham pontos cegos.

Os meios de busca suplementares (grupo controle) foram os seguintes: 1) Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD); 2) SciELO; 3) Revista dos Tribunais (RT); 4) *HEIN On line*; 5) JSTOR; 6) REDALYC; 7) [johnbraithwaite.com/] (site oficial de John Braithwaite); 8) Repositório Institucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA); 9) Banco integrado da Universidade Federal de Sergipe (UFS)⁵; e 10) Google/Acervo pessoal dos pesquisadores.

O trabalho de coleta de dados (busca nas plataformas, uma a uma e revisão) teve início em 03.09.2022 e foi finalizado em 14.09.2022.

2.1.4. *Etapas 4, 5 e 6 – Tabulação dos dados, exame qualitativo das obras, resultados alcançados*

Após a coleta, seguiu-se a etapa do tratamento dos dados. Nesse momento, procuramos organizar as informações encontradas em uma tabela Excel conforme a ordem dos achados, o título dos trabalhos encontrados, seus autores, o ano de publicação, a plataforma de busca utilizada e o tipo da publicação. A tarefa se iniciou na data de 14.09.2022 e foi finalizada na data de 24.09.2022.

Identificados os trabalhos, procedemos ao *download* dos arquivos em PDF, ao arquivamento em pasta de computador e a leitura, um a um, dos textos, a fim de detectar e analisar o seguinte: 1) Que categorias de Braithwaite eram abordadas como objeto principal? 2) Qual o método de abordagem aplicado? 3) Qual o tema principal do trabalho? 4) Que obras de Braithwaite serviam de marco teórico? e 5) Qual a extensão e o nível de profundidade desses trabalhos?

Na última etapa observamos se a hipótese poderia já ser descartada de plano; especificamente, se o número de obras encontradas poderia servir de pista para uma resposta provisória.

5. O Banco Integrado da UFS agrega à sua própria base de pesquisa mais de 100 indexadores nacionais e internacionais, tendo sido escolhido por seu alcance.

2.2. Citações da obra de Braithwaite nos estudos sobre justiça restaurativa

A segunda parte da pesquisa, subdividida em três etapas, pode ser resumida na tabela seguinte:

Tabela 2 – 2ª parte da revisão: exame das citações

Objetivo	Busca de todos os trabalhos científicos publicados no Brasil que citam alguma obra de John Braithwaite no contexto da Justiça Restaurativa
Etapa 1	Identificação dos descritores e execução da pesquisa nos indexadores
Etapa 2	Tabulação dos dados
Etapa 3	Conclusões parciais – Interpretação dos resultados

Fonte: elaboração própria.

Procuramos conhecer, nesta fase da pesquisa, de que maneira o pensamento de Braithwaite é incorporado aos trabalhos científicos publicados no Brasil, em língua portuguesa, como fonte de argumentos auxiliares, isto é, como fonte de citações.

Esta fase se mostra mais complexa que a primeira. Aqui lidamos com um número elevado de trabalhos, considerando que, por lógica, o número de obras em que um autor importante é citado deve ser sempre maior que o número de obras em que seu pensamento é o objeto principal. Ademais, para conhecer a maneira como Braithwaite é citado, foi necessário ler os trechos das citações e analisá-los, um a um.

Inicialmente utilizamos os descritores “Justiça Restaurativa” e “Braithwaite” (com os operadores booleanos “” e AND ou +) para identificar as obras sobre Justiça Restaurativa em que o autor Braithwaite é citado. As buscas foram realizadas em 10 indexadores, dos 12 já identificados na primeira parte.

Descobriu-se que os indexadores SciELO e JStor são integrados à plataforma CAPES Periódicos⁶ e por isso a busca nessas plataformas seria redundante. Durante a execução das buscas, identificamos limitações em ambas as plataformas CAPES que nos obrigaram a alterar os descritores supra, bem como forçaram a ampliação do universo de pesquisa para abarcar todos os trabalhos que se referiam ao tema da JR. Foram detectados e excluídos os trabalhos duplicados ou que não guardavam qualquer relação com o tema geral.

Procuramos tabular as informações encontradas em uma planilha Excel (dada a extensão dos achados), enumerando os trabalhos encontrados, identificando seus títulos, seus autores, o ano de publicação, a plataforma de busca, as obras de John Braithwaite referenciadas, os temas gerais dos estudos, os tipos de publicação, os veículos de divulgação e o nível de discussão sobre as categorias/temas citados. Uma vez tabulados, os dados foram classificados de acordo com múltiplos critérios e organizados na forma de gráficos.

6. Vide a lista de periódicos integrados a CAPES Periódicos disponível em: [www-periodicos-capes-gov-br.ez10.periodicos.capes.gov.br/index.php/acervo/lista-a-z-periodicos.html]. Acesso em: 04.10.2022.

Interpretamos os dados encontrados e organizados a fim de responder às perguntas estipuladas especificamente para essa parte da pesquisa. Finalmente, procuramos reunir as conclusões parciais e, com base nelas, testamos a validade da hipótese geral da pesquisa e sintetizamos o estado da arte da Justiça Restaurativa de John Braithwaite no Brasil.

Por uma questão de economia, ou seja, considerando a extensão da pesquisa e o limite de paginação usualmente estabelecido para a publicação de artigos científicos, omitimos propositalmente a descrição detalhada do processo de pesquisa em cada plataforma e suas inúmeras vicissitudes. Decidimos, portanto, priorizar a exposição dos resultados encontrados, sua interpretação e conclusões.

3. O ESTADO DA ARTE: OLHARES SOBRE A OBRA DE BRAITHWAITE NO BRASIL

O resultado das buscas nos 12 indexadores pode ser resumido na tabela seguinte:

Tabela 3 – Resultados da 1ª parte da pesquisa

Indexador	Qtde. de obras encontradas	(Autor/Ano de publicação)	Título da obra	Tipo da obra
1) CAPES Teses e Dissertações	2	(MARTINS, 2009); (ZAGALLO, 2010)	MARTINS, SUELINE JUSTUS. <i>Republicanism no Sistema Penal</i> . 01/03/2009 120 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba Biblioteca Depositária: Helena Kolody, Faculdades Integradas do Brasil; ZAGALLO, Ricardo Luiz B. de S. <i>A Justiça Restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade</i> . 01/04/2010 102 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UNB	Dissertação; Dissertação.
2) CAPES Periódicos	0	-	-	-

Indexador	Qtde. de obras encontradas	(Autor/Ano de publicação)	Título da obra	Tipo da obra
3) BDTD	1	(ZAGALLO, 2010)	idem	idem
4) SciELO	0	-	-	-
5) RT	0	-	-	-
6) Hein On line	1	(BENEDETTI, 2005)	BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha re-integrativa e regulação responsiva. <i>Revista Direito GV</i> , v. 1, n. 21, p. 209-216, jun. – dez. 2005.	Resenha crítica
7) JStor	0	-	-	-
8) Redalyc	0	-	-	-
9) johnbraithwaite.com/	1	(BENEDETTI, 2006)	BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs). <i>Novas direções na governança da justiça e da segurança</i> . Brasília: Ministério da Justiça, 2006.	Capítulo de livro
10) UFBA	0	-	-	-
11) UFS	2	(BENEDETTI, 2005); (ZAGALLO, 2010)	idem	Idem
12) GOOGLE	2	(BENEDETTI, 2005); (ZAGALLO, 2010)	idem	idem
TOTAL (sem duplicações)	4			

Fonte: elaboração própria.

Por meio das buscas realizadas, concluiu-se que apenas quatro trabalhos científicos constantes nas plataformas pesquisadas, até outubro de 2022, tratavam de categorias da obra de John Braithwaite como objeto de estudo: a resenha crítica e o capítulo de livro de Benedetti (2005; 2006), a dissertação de mestrado em Direito de Martins (2009) e a dissertação de mestrado em Direito de Zagallo (2010).

3.1. "A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva"

Trata-se de resenha crítica de oito laudas em que a autora se concentra na definição e crítica das categorias da vergonha reintegrativa e da regulação responsiva a partir da reflexão sobre duas obras específicas de John Braithwaite: BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. New York: Cambridge University, 1999 e BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University, 2002.

No texto, publicado em 2005 na revista DIREITO GV (A1 para Direito⁷), Benedetti procura demonstrar como aquelas categorias se articulam e como elas repercutem sobre o conceito da responsabilidade penal. A autora emprega uma visão crítica, de base criminológica, do pensamento braithwaiteano, apontando nele características da etiologia criminal de ordem positivista.

Tabela 4 – Resumo da análise: Benedetti (2005)

Tipo de trabalho científico	Resenha
Objeto de pesquisa	As categorias da vergonha reintegrativa e da regulação responsiva de John Braithwaite
Problema de pesquisa	De que maneira as categorias da vergonha reintegrativa e da regulação responsiva se articulam?
Hipótese	A maneira como a vergonha reintegrativa e a regulação responsiva se ligam repercute na responsabilidade penal.
Método	Pesquisa teórica de jaez criminológico
Conclusões	O construto vergonha reintegrativa/ regulação responsiva pode precipitar efeitos perversos sobre a responsabilidade penal, posto que inviabiliza a discussão sobre sua determinação e sobrecarrega o indivíduo, que passa a ser observado como agente desviante e causa do crime.
Número de obras referenciadas	2

7. De acordo com a plataforma sucupira disponível em: [sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/veiculoPublicacaoQualis/listaConsultaGeralPeriodicos.jsf]. Acesso em: 03.10.2022.

Obras referenciadas	1) BRAITHWAITE, John. <i>Crime, shame and reintegration</i> . New York: Cambridge University, 1999; e 2) BRAITHWAITE, John. <i>Restorative Justice and Responsive Regulation</i> . New York: Oxford University, 2002.
----------------------------	---

Fonte: elaboração própria.

3.2. "A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social"

Neste artigo de 29 laudas, publicado pelo Ministério da Justiça em 2006, Benedetti averigua a compatibilidade da Justiça Restaurativa com o paradigma criminológico da reação social. Sua hipótese é de que talvez a Justiça Restaurativa seja o instrumento ideal para o atingimento dos fins teóricos daquele paradigma. Em seu percurso metodológico, a autora utiliza categorias de John Braithwaite (sobretudo a vergonha reintegrativa e a regulação responsiva) para representar a Justiça Restaurativa (além de se valer também da obra de Zehr). De maneira geral, conclui a autora pela incompatibilidade entre Justiça Restaurativa e as teorias da reação social. As obras de Braithwaite consultadas neste artigo são as mesmas que serviram de marco teórico para a resenha crítica de 2005.

Tabela 5 – Resumo da análise: Benedetti (2006)

Tipo de trabalho científico	Artigo
Objeto de pesquisa	As justiças restaurativas de Zehr e Braithwaite
Problema de pesquisa	A justiça restaurativa é compatível com a criminologia da reação social?
Hipótese	A justiça restaurativa pode ser o instrumento ideal de concretização do paradigma da reação social
Método	Pesquisa teórica comparativa de cunho criminológico
Conclusões	A justiça restaurativa não responde satisfatoriamente aos apontamentos da criminologia da reação social e estão presos ao paradigma etiológico.
Número de obras referenciadas	2
Obras referenciadas	1) BRAITHWAITE, John. <i>Crime, shame and reintegration</i> . New York: Cambridge University, 1999 e 2) BRAITHWAITE, John. <i>Restorative Justice and Responsive Regulation</i> . New York: Oxford University, 2002.

Fonte: elaboração própria.

3.3. “Republicanismo no sistema penal”

O texto se trata de dissertação de mestrado de Direito de Sueline Martins, publicada em 2009, com 186 laudas. Seu objeto central de pesquisa são as teorias da pena. Como contraponto às teorias retributivista, utilitarista, neoretributivista e híbridas, a autora apresenta o republicanismo de Braithwaite e Pettit. Propõe o estudo do republicanismo na Justiça Criminal à luz da obra destes dois autores posto que concebem a não-dominação como uma liberdade que protege o direito individual de cada um na sociedade, de acordo com os princípios de direitos humanos. Conclui que a Justiça Restaurativa é uma saída para um sistema de Justiça Criminal mais justo e igualitário e mais humano porque enfoca os princípios da reprovação do crime, da reintegração de vítima e ofensor, reparação dos danos e solução pacífica dos conflitos. Precisamente, a autora trata da Justiça Restaurativa em 11 laudas, no final do último capítulo (“Justiça Restaurativa, Características e desafios”).

Tabela 6 – Resumo da análise: Martins (2009)

Tipo de trabalho científico	Dissertação de mestrado
Objeto de pesquisa	Teoria republicana de Braithwaite e Pettit
Problema de pesquisa	Como a teoria republicana de Braithwaite e Pettit pode ser aplicada para responder a questões contemporâneas de funcionamento do sistema penal no Brasil?
Hipótese	O Brasil precisa enfrentar a questão criminal com um projeto assistencialista, que favoreça meios de ressocialização, restauração e reintegração.
Método	Pesquisa teórica
Conclusões	Uma teoria republicana da justiça criminal é viável no Brasil e se concretiza por meio da justiça restaurativa, modelo capaz de apaziguar, conter e resolver os conflitos sociais
Número de obras referenciadas	3
Obras referenciadas	1) BRAITHWAITE, John and PETTIT, Philip. <i>Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Justice</i> . Oxford University Press, Inc, New York. 1990; 2) BRAITHWAITE, John. <i>Crime, Shame and Reintegration</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1989; 3) BRAITHWAITE, John. Restorative; Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts, In: M. Tonry (Ed.). <i>Crime and Justice: A Review of Research</i> . Chicago, Ill.: Chicago University Press. 1999.

Fonte: elaboração própria.

3.4. "A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade"

A dissertação de Mestrado em Direito de Zagallo (102 laudas), publicada em 2010, tem por objetivo avaliar os projetos-piloto de Justiça Restaurativa criados no Brasil (1999, 2004 e 2005) à luz da concepção de Braithwaite, e realizar uma reflexão crítica do trabalho deste autor.

John Braithwaite é considerado por Zagallo como pensador de representatividade e destaque internacional sobre o tema da Justiça Restaurativa. Conclui que não basta a mera devolução à comunidade dos conflitos para se alterar a lógica punitiva, inserida em um contexto maior de estado de exceção (conceito de Agambem).

Trata-se de trabalho científico que tem como um de seus objetos de estudo o pensamento de John Braithwaite. Possui um capítulo inteiro para tratar de categorias desse autor (Capítulo 2). Nesse capítulo, em 20 laudas, Zagallo aborda os conceitos de vergonha reintegrativa, de regulação responsiva, de responsabilidade restaurativa, bem como algumas premissas básicas para a implantação de programas restaurativos, de acordo com Braithwaite (*constraining standards, maximising standards, emergent standards*).

No Capítulo 3 realiza a avaliação dos projetos-piloto tomando por critério concepções de John Braithwaite como: a necessidade de desprofissionalização, a participação e voluntariedade das partes e da comunidade, o empoderamento, a não-dominação e a observância dos Direitos humanos.

Tabela 7 – Resumo da análise: Zagallo (2010)

Tipo de trabalho científico	Dissertação de mestrado
Objeto de pesquisa	Projetos-piloto brasileiros de Justiça Restaurativa e a Justiça Restaurativa de John Braithwaite
Problema de pesquisa	Qual o nível de compatibilização entre as práticas restaurativas dos projetos-piloto brasileiros com a Justiça Restaurativa de John Braithwaite?
Hipótese	O nível de desenvolvimento dos projetos-pilotos brasileiros pode ser avaliado de acordo com os critérios extraídos da obra de John Braithwaite
Método	Pesquisa teórica
Conclusões	A simples devolução dos conflitos à comunidade não é suficiente para alterar a lógica punitiva atual, inserida em um contexto de estado de exceção
Número de obras referenciadas	7
Obras referenciadas	1) BRAITHWAITE, John. A Future Where Punishment is Marginalized: Realistic or Utopian?. <i>UCLA Law Review</i> , n. 46, 1999.

	2) BRAITHWAITE, John. <i>Crime, Shame and Reintegration</i>. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. 3) BRAITHWAITE, John. Commentary: Law, Morality and Restorative Justice. <i>European Journal on Criminal Policy and Research</i>, n. 5, 1998. 4) BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and De-Professionalization. <i>The Goof Society – The Pennsylvania State University</i>, n. 13, 2004. 5) BRAITHWAITE, John. <i>Restorative Justice and Responsive Regulation</i>. New York: Oxford University Press, 2001. 6) BRAITHWAITE, John. Setting Standards for Restorative Justice. <i>The British Journal of Criminology</i>, n. 42, 2002. 7) BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. <i>Not just desert: a republican theory of criminal justice</i>. Oxford: Clarendon Press, 1990.
--	---

Fonte: elaboração própria.

3.5. Ampla influência, poucos estudos

A primeira conclusão a que se pode chegar é a de que a obra de John Braithwaite efetivamente tem grande penetração no Brasil. Interessante notar como seu pensamento alcança várias áreas do conhecimento no país, como as da Educação, da Ciência Política e do Direito Regulatório, chegando a ter uma de suas principais categorias positivada na legislação da Agência Nacional de Telecomunicações por meio das Resoluções 717/2019, e 746/2021. No texto dessas Resoluções, a regulação responsiva é alçada à condição de princípio do Direito Regulatório brasileiro.

De plano, surge a necessidade de investigar de que maneira essa categoria é aplicada igualmente ao mundo do Direito Tributário, do *compliance* empresarial e da Justiça Restaurativa, sem contradições (tema ignorado pelo restaurativismo brasileiro). Ademais, haveria categorias desse mesmo autor positivadas também nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça sobre Justiça Restaurativa?

Em segundo lugar, conclui-se que a Justiça Restaurativa de John Braithwaite ainda é campo fértil para explorações teóricas. O universo composto por apenas quatro obras dedicadas ao tema de sua Justiça Restaurativa, em um intervalo de 19 anos de publicações, pode ser considerado diminuto, tanto em comparação à magnitude de sua obra, em termos de extensão e de complexidade relativa, quanto em relação ao volume da produção acadêmica nacional sobre o tema da Justiça Restaurativa em geral. Efetivamente, não há no Brasil, até os dias atuais, dissertação ou tese inteiramente dedicada à exposição e à crítica do

pensamento restaurativo braithwaiteano. Essa lacuna no campo acadêmico também é percebida no mercado editorial.

Em terceiro lugar, é interessante notar como as primeiras obras publicadas (as de Benediti em 2005 e 2006), embora sintéticas, são justamente as que apresentam o maior grau de profundidade de análise e o tom mais crítico entre as quatro obras encontradas. Esperava-se, ao contrário das evidências, que o nível da crítica e a profundidade das avaliações sobre a obra de Braithwaite pudessem se elevar com o decorrer do tempo, ou seja, com a maturação do tema em função do maior número de publicações e de reflexões, o que não ocorreu.

A quarta conclusão é a de que pode ser oportuna uma revisita ao pensamento restaurativo braithwaiteano, considerando a data da última publicação sobre o tema: 2010 (a dissertação de Zagallo). Há mais de 11 anos que os restaurativistas brasileiros não se debruçam sobre ele, havendo aí uma necessidade de revisão e atualização dessas análises.

A quinta conclusão, derivada da última, diz respeito à ampla possibilidade de exame da Justiça Restaurativa por meio de metodologias distintas. Novos olhares e novos modelos teóricos poderiam abrir caminhos interpretativos ainda não explorados sobre o pensamento de Braithwaite, contribuindo, inclusive, para a ampliação da capacidade de análise crítica de sua obra.

Considerando o registro encontrado, poucos temas e categorias foram abordados, observando-se uma superconcentração dos estudos sobre a vergonha reintegrativa e a regulação responsiva. Um trabalho que abordasse mais categorias e que se preocupasse em demonstrar o encadeamento lógico entre elas seria bem-vindo.

Do mesmo modo, seria oportuna uma pesquisa sobre os pressupostos teóricos da Justiça Restaurativa de Braithwaite, como sua teoria social, sua criminologia, sua noção de Estado e de política econômica, por exemplo: temas abordados pelo autor em sua obra, mas que ficaram em segundo plano na maioria dos trabalhos detectados (com exceção de Benediti, sobretudo).

Martins (2009), em especial, concentra seu estudo na categoria ética da não-dominação, marcante no pensamento de Braithwaite. Essa categoria é deduzida de sua teoria da justiça, que consiste no republicanismo inclusivo. Contudo, a autora situa a não-dominação e o republicanismo no terreno ainda das soluções penais. A partir delas, a autora traça um perfil mais condizente com os direitos humanos para a atuação da Polícia e o funcionamento do presídio, por exemplo.

Não transparece qualquer problematização entre a influência abolicionista da Justiça Restaurativa e a conclusão sobre uma teoria republicana da Justiça Criminal que garante, ao mesmo tempo, “uma teoria retributivista com alvos prevencionistas de promoção da justiça por meio de princípios reprovativos, reintegrativos, de checagem do poder das autoridades reconciliado num sistema reducionista de punição” (MARTINS, 2009, p. 177).

Nos parece que a relevância do estudo de Martins (2009) reside na maneira com que, a partir de um pressuposto teórico seu, se revela que o pensamento de Braithwaite não converge necessariamente para soluções restaurativas, quando se nota que sua teoria republicana pode servir de esteio para a manutenção de modelos punitivos, ainda que dirigidos por uma ética da não-dominação. Seria útil, do ponto de vista teórico, examinar

em Braithwaite como e por que se dá essa passagem entre sua teoria da justiça, a adoção de uma ética da não-dominação ainda inserida no contexto de modelos punitivos, para soluções de índole restaurativa.

Quanto à dissertação de Zagallo (2010), o trabalho tem como foco os projetos-piloto de Justiça Restaurativa. Aqui as categorias de John Braithwaite entram em jogo como lente para avaliá-los, acrescentando aí a teoria de Agamben como meio de fundamentar a sua visão sobre o Brasil na primeira década dos anos 2000.

Zagallo parte do pressuposto de que as teorias de John Braithwaite podem servir de modelos para a prática restaurativa e justamente aqui toma como dadas aquelas teorias, sem que sua preocupação fosse controvertê-las. De toda sorte, o trabalho serve de fonte de referências e ponto de partida para pesquisas futuras, que em alguma medida as atualizará, posto que decorridos mais de 10 anos de sua publicação.

Como última conclusão, e mais importante, temos que a hipótese de pesquisa estabelecida inicialmente mantém-se de pé. Como dito, o pequeno universo de quatro trabalhos publicados sobre a obra de Braithwaite é indício de que ainda existam muitas lacunas a ser exploradas sobre o tema. Ademais, o exame dos trabalhos publicados aponta para uma recepção seletiva e bastante parcial do pensamento restaurativo braithwaiteano e uma certa ausência de preocupação sobre a compatibilidade entre esse pensamento e a realidade brasileira de colonialidade.

Embora esses trabalhos indiquem a existência da preocupação de uns poucos teóricos restaurativistas em debruçar-se atentamente sobre as obras estrangeiras que aportam ao pensamento restaurativo no Brasil, por outro lado, indicam uma tendência majoritária no campo acadêmico de ausência de reflexão sobre essas obras. Daí deduzirmos do primeiro levantamento que a hipótese de risco de colonização da Justiça Restaurativa por meio da importação sumária da obra de Braithwaite, no Brasil, não pode ser descartada de plano.

4. AS CITAÇÕES DA OBRA DE BRAITHWAITE: REPERCUSSÃO NA PRODUÇÃO CIENTÍFICA BRASILEIRA SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA

A fim de aproximarmo-nos de uma interpretação válida sobre a possível relação entre o modo de importação da obra de Braithwaite e a colonização do saber restaurativo no Brasil, levantamos questões atinentes a categorias de análise específicas, capazes de fornecer um panorama da repercussão da obra do autor sobre a produção restaurativista brasileira. Neste ponto, nos interessou saber que categorias de Braithwaite são mais citadas pelos autores brasileiros restaurativistas; se há nesses trabalhos alguma discussão sobre essas categorias, ou se são apenas citações rápidas; em que contexto elas aparecem; desde quando se encontram citações desse autor em obras restaurativistas brasileiras e que obras são mais citadas.

Essas questões de índole operacional formam o mote para a realização da segunda parte desta revisão.

O resultado das buscas nos 10 indexadores⁸ disponíveis, realizadas na data de 04.10.2022, pode ser resumido na tabela a seguir:

Tabela 8 – Quantitativo de obras encontradas sobre JR entre 2004 e outubro de 2022 (com acesso livre e excluídas as redundâncias), por indexador

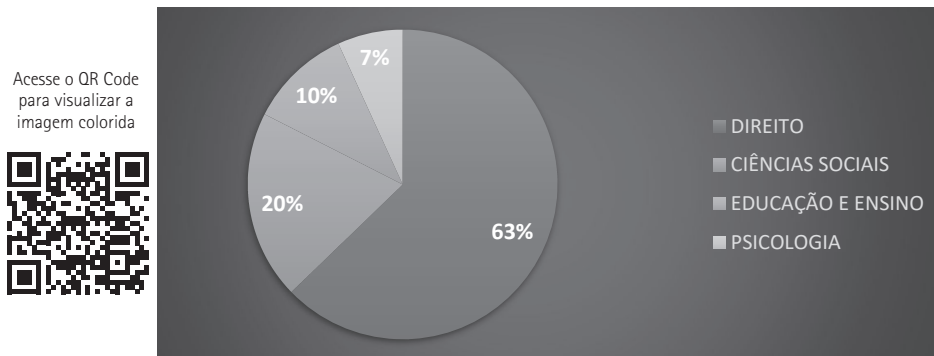
1) CAPES Teses e Dissertações	276
2) CAPES Periódicos	195
3) BDTD	0
4) RT	26
5) Hein On line	5
6) Redalyc	6
7) johnbraithwaite.com/	13
8) UFBA	1
9) UFS	9
10) GOOGLE/Acervo pessoal	10
TOTAL	541

Fonte: elaboração própria.

Inicialmente, foram consultadas 276 teses e dissertações (CAPES Teses e Dissertações) e 195 artigos (CAPES Periódicos), excluídos os documentos sem acesso concedido por seus autores⁹ ou indisponíveis, totalizando um universo de 471 documentos, verificados um a um, que versavam sobre o tema da JR. Entre estes, 113 teses e dissertações e 33 artigos citavam Braithwaite, enquanto que 163 teses e dissertações e 162 artigos não citavam o autor australiano.

O gráfico seguinte demonstra uma predominância da Área do Direito quanto ao número de publicações sobre JR. Ao mesmo tempo aponta, surpreendentemente, para o grande interesse das áreas das Ciências Sociais, Educação e Ensino e Psicologia sobre o tema:

8. Como já fora registrado, nessa fase da pesquisa já havíamos percebido que as plataformas JStor e SciELO encontravam-se integradas a CAPES PERIÓDICOS, sendo dispensada a sua utilização.
9. A ausência de autorização dos próprios autores para divulgação de seus trabalhos científicos e a impossibilidade de captação de obras comercializadas (livros publicados por editoras privadas, por exemplo) por estas plataformas eletrônicas específicas representaram limites metodológicos sérios, evidenciados nesta pesquisa.

Gráfico 1 – Número de teses e dissertações x área do conhecimento (CAPES)

Fonte: elaboração própria.

Nas buscas de revisão realizadas nas oito plataformas suplementares, foram encontrados mais 70 documentos não detectados pelos buscadores CAPES (26 na RT; um na UFBA; nove na Busca integrada da UFS; seis na *Redalyc*; cinco na *Hein On line*; 13 no site oficial de Braithwaite e 10 no acervo pessoal do pesquisador).

Ao final da pesquisa, 541 trabalhos científicos tiveram o corpo do texto pesquisados um a um, sendo encontradas citações de Braithwaite em 216 deles (39,9%), todos publicados no Brasil, sobre o tema da Justiça Restaurativa e em português.

Nove categorias de análise foram identificadas a fim de responder às perguntas operacionais supra, além de servirem como critério para ordenar os dados e sua interpretação. Foram elas: a presença ou ausência de citações de Braithwaite; o tipo de publicação; o tipo da fonte de citação; o veículo de publicação; a trajetória anual de citações; as categorias/temas mais citadas; os temas gerais das publicações; o nível de discussão das categorias/temas citadas; e os textos de Braithwaite mais citados.

4.1. Presença/ausência de citações nos textos

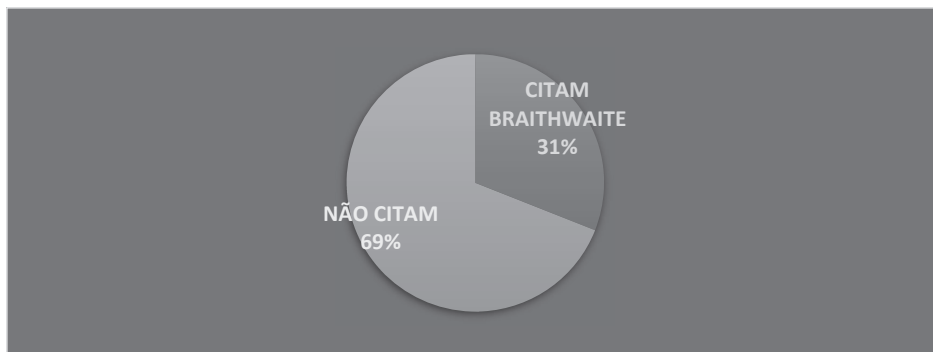
Entre os resultados obtidos exclusivamente nas plataformas CAPES, ou seja, entre a maioria dos achados (72%), a proporção entre o número de trabalhos com e sem citações de Braithwaite se dá conforme a tabela e o gráfico seguinte:

Tabela 9 – Teses, dissertações e periódicos encontrados na plataforma CAPES sobre justiça restaurativa

	TESES E DISSERTAÇÕES	PERIÓDICOS	TOTAL
CITAM BRAITHWAITE	113	33	146
NÃO CITAM	163	162	325

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 2 – Teses, dissertações e periódicos sobre JR com e sem citações de Braithwaite (CAPES)



Fonte: elaboração própria.

Percebe-se que quase um terço das teses, dissertações e periódicos encontrados nas plataformas CAPES, publicados no Brasil sobre Justiça Restaurativa, trazem em suas referências a obra de Braithwaite, o que confirma mais uma vez a penetração do autor australiano no cenário acadêmico restaurativista nacional. Tal percentual ganha mais relevo quando confrontado com os dois únicos textos encontrados nessa pesquisa, publicados em língua portuguesa e de autoria de Braithwaite¹⁰.

Ao contrário do que se poderia sugerir, o fato de o autor australiano escrever apenas em sua língua materna não se mostrou um obstáculo para sua incorporação em um país não anglófono como o Brasil. Duas evidências encontradas nessa pesquisa corroboram essa hipótese: 1) o grande percentual de citações presentes em dissertações e teses; e 2) o grande percentual de citações de primeira mão.

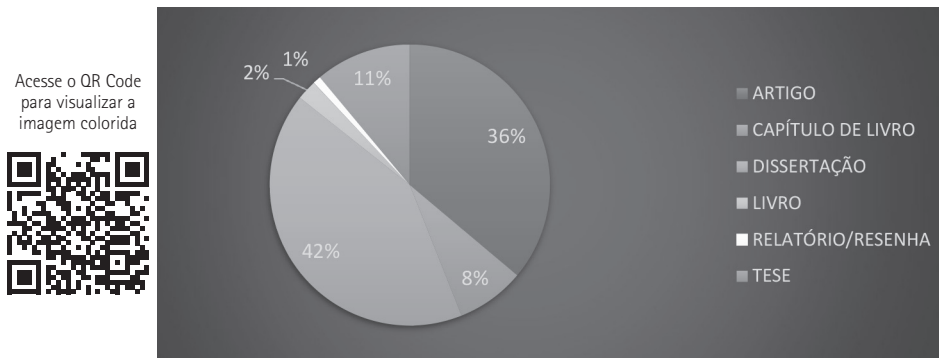
4.2. Tipo de publicação

Com efeito, no universo de 216 obras encontradas, 114¹¹ (53%) são trabalhos científicos de Mestrado e Doutorado. Assim, nos parece plausível afirmar, por esse motivo, que a porta de entrada do pensamento restaurativista braithwaiteano no Brasil são os cursos de pós-graduação *stricto sensu* (sobretudo em Direito).

10. 1) BRAITHWAITE, John. *Entre a proporcionalidade e a impunidade: confrontação – verdade – prevenção*; e 2) BRAITHWAITE, J. *Emancipação e Esperança*; ambos publicados na coletânea “SLAKMON, Catherine et al. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006”.

11. 113 encontradas nas plataformas CAPES e uma (tese) encontrada no banco de dados da UFBA.

Gráfico 3 – Citação x tipo de publicação

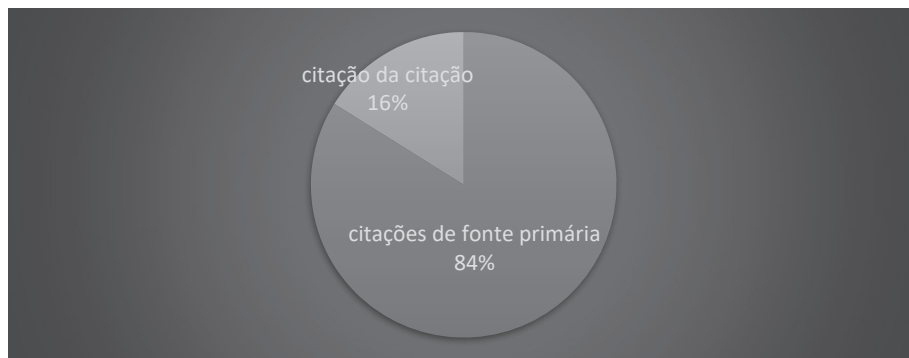


Fonte: elaboração própria.

4.3. Fonte de citação

Apenas em alguns poucos trabalhos (no universo de 216) foram encontradas citações de segunda mão (citação da citação com uso de “*Apud*”) em obras escritas no idioma nacional. Na maior parte dos casos, as referências eram de fontes primárias (302 referências primárias contra 58 citações de citações), ou seja, citações diretas dos textos em inglês.

Gráfico 4 – Fontes primárias x fontes de segunda mão



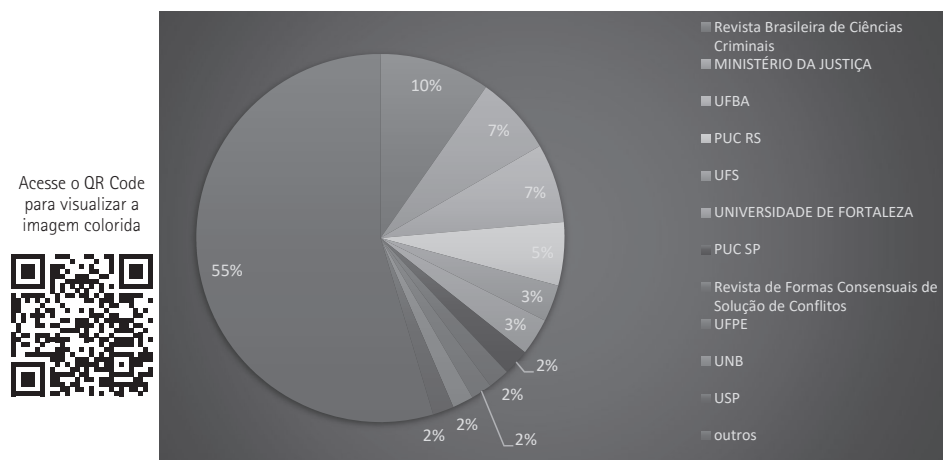
Fonte: elaboração própria.

Entre as citações de segunda mão, Pallamolla e Achutti se destacam como autores mais consultados, com 33% e 19% das referências, respectivamente. A propósito, esses mesmos autores também se destacam entre os principais estudiosos sobre a obra de Braithwaite no Brasil, ao menos em termos quantitativos.

4.4. Veículo de publicação

Entre as revistas especializadas e as instituições com mais textos com citações do autor australiano, se sobressaem a *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCrim), o Ministério da Justiça e a Universidade Federal da Bahia. Constatou-se a ausência de revista científica dedicada ao tema da JR:

Gráfico 5 – Citação x instituição/revista publicadora



Fonte: elaboração própria.

4.5. A trajetória anual de citações

Além da língua inglesa não se mostrar uma barreira, percebe-se que a importação do pensamento restaurativo de Braithwaite não sofreu nenhum tipo de retardamento em relação à incorporação acadêmica do próprio pensamento restaurativo no Brasil. A introjeção da obra de Braithwaite ocorreu quase que concomitantemente ao início da produção acadêmica restaurativista no país, embora tenha se dado tardiamente em relação às publicações do autor (considerando como marco inicial o lançamento de *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety* em 1985).

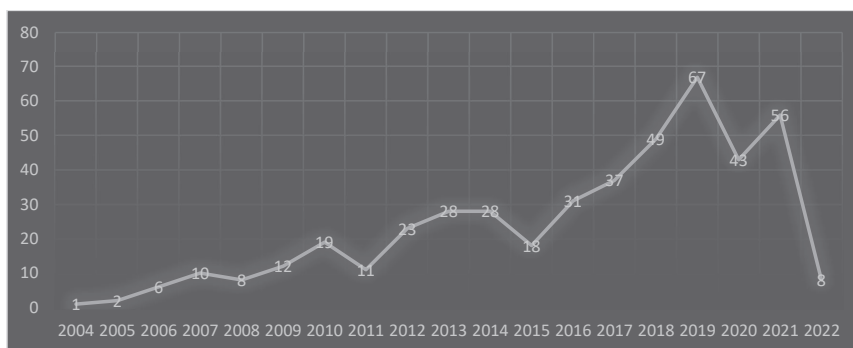
De acordo com os resultados obtidos nessa pesquisa, o primeiro estudo publicado em português, no Brasil, sobre Justiça Restaurativa, data de 01 de outubro de 2004: RODRIGUES, Simone Martins. *Justiça Restaurativa, Dialogia e Reconciliação Social*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004¹².

12. Embora não detectada em nossas pesquisas, a obra coletiva “Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos”, de acordo com Pallamolla (2009, p. 177), também foi publicada em 2004. Entre outros autores, Luiza Maria Carvalho (2005, p. 211) dá conta de que a obra é resultado de

Por sua vez, as primeiras publicações a abordar o pensamento restaurativo de Braithwaite ou com citações sobre sua obra datam de 2005, apenas um ano mais tarde: a resenha crítica de Benedetti (2005) e a coletânea do Ministério da Justiça organizado por Slakmon et al. (2005).

Também bastante semelhante é a curva de crescimento das publicações sobre o tema da Justiça Restaurativa (teses e dissertações) e a trajetória das citações de Braithwaite em obras restaurativistas no Brasil. Ao longo de 19 anos, as duas linhas seguem praticamente a mesma tendência. Observem-se os gráficos:

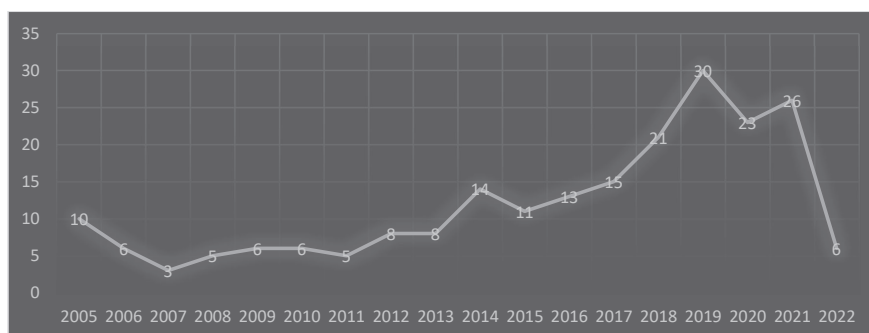
Gráfico 6 – CAPES teses e dissertações: publicações sobre JR ano a ano



Fonte: elaboração própria.

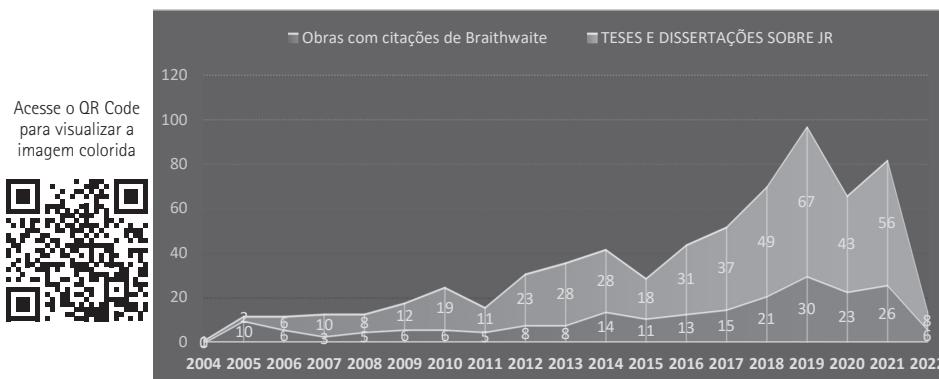
Atente-se para o fato de que o gráfico supra reconhece as coletâneas do Ministério da Justiça, publicadas em 2005 e 2006, como apenas uma publicação cada, diferente do critério adotado no gráfico seguinte, que computa cada capítulo como uma publicação autônoma:

Gráfico 7 – Pesquisas com citações de Braithwaite por ano



Fonte: elaboração própria.

Seminário Internacional de mesmo nome, realizado em Porto Alegre entre 29 e 30 de outubro de 2004, promovido pelo Instituto de Acesso à Justiça.

Gráfico 8 – Teses e dissertações (capes) x obras com citações de Braithwaite por ano

Fonte: elaboração própria.

O gráfico supra compara o arco histórico de publicações de teses e dissertações sobre Justiça Restaurativa no Brasil e o volume de publicações em que aparecem citações de John Braithwaite. Uma similaridade entre as variações no volume de publicações e de citações é notada.

A descoberta da similitude entre as duas tendências pode ser bastante útil para a interpretação sobre o desenvolvimento da curva de citações de Braithwaite. Tal semelhança nos autoriza a explicar a tendência de uma delas pela história da outra, ou seja, nos autoriza a deduzir a trajetória das citações pela própria história da Justiça Restaurativa no Brasil.

Com efeito, a descoberta que aqui se apresenta sobre a origem dos primeiros trabalhos científicos sobre Justiça Restaurativa no Brasil e das primeiras abordagens sobre a obra de Braithwaite, como datados da primeira metade dos anos 2000, corresponde no campo teórico ao final do período denominado por Andrade (2018b) de período de expansão e início da fase de revisão e maturação da Justiça Restaurativa no mundo (ANDRADE, 2018b, p.12).

No cenário internacional, a Resolução 12, de 2002 do Conselho Econômico e Social da ONU, sobre os princípios básicos para a aplicação de programas de JR em matéria criminal, parece ter importância fundamental como ponto de partida e inspiração para novas pesquisas, o que pode explicar o fenômeno da origem desses trabalhos no território acadêmico brasileiro nesse período.

Ademais, o período coincide internamente com a Reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda Constitucional 45/2004 no Brasil, que, segundo Sposato (2018, p. 95), inserida no contexto da “terceira onda de acesso à justiça”, promoveu mudanças qualitativas, de índole democrática, como a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O ano de 2005, em especial, foi marcado pela atuação do Ministério da Justiça junto ao Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que naquele momento promovia a elaboração de pesquisas acadêmicas sobre o tema da Justiça Restaurativa, a exemplo da publicação das coletâneas organizadas por Slakmon et al. em 2005 e 2006.

Nesse mesmo período, a JR passa a ser gestada no interior do Judiciário por meio da criação dos projetos-piloto de Brasília, Porto Alegre e São Caetano (ANDRADE, 2018a, p. 104,105-115). Logicamente, as primeiras publicações encontradas entre os anos de 2004 e 2005 são fruto desses marcos teóricos, de surgimento e consolidação da JR tanto na prática dos núcleos restaurativos quanto no mundo dos trabalhos científicos dos campi universitários.

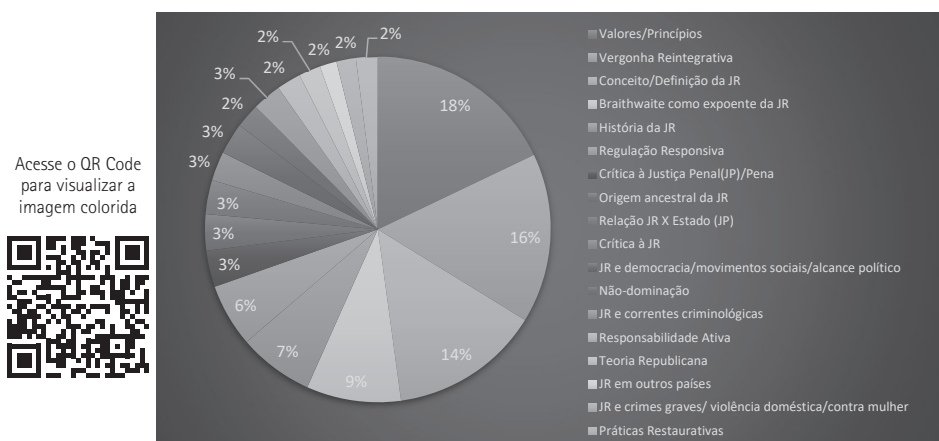
Outro ponto em comum entre as duas tendências examinadas diz respeito ao crescimento observado a partir de 2015-2016, tanto das publicações sobre JR quanto das citações de obras de Braithwaite.

Uma explicação possível diz respeito à publicação da Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Tudo indica que o mesmo efeito de impulsão observado no início dos anos 2000 pela publicação da Resolução 2012/2002 da ONU também se observou aqui, já na segunda metade da década de 2010. Outra hipótese que nos parece plausível é a queda nas publicações e citações a partir de 2019, por conta justamente da pandemia global de Covid-19.

4.6. Categorias/temas mais citados

Todavia, se ambas as curvas de desenvolvimento quantitativo parecem andar juntas, não se pode afirmar o mesmo quanto ao desenvolvimento qualitativo sobre o pensamento restaurativo brasileiro e o nível de aprofundamento na abordagem da obra de Braithwaite. Isso porque, embora o número de referências à obra desse autor tenha experimentado um crescimento ao longo dos anos, o nível de verticalização e o interesse pela exposição sistemática do pensamento de Braithwaite tiveram uma diminuição considerável. Essa conclusão é extraída da maneira como o autor vem sendo citado nas pesquisas, ou seja, levando em consideração as categorias, os temas, as obras e o nível de reflexão sobre seu pensamento. Quanto a essa hipótese, o gráfico seguinte é elucidativo:

Gráfico 9 – Categorias/temas de Braithwaite mais citados



Fonte: elaboração própria.

De acordo com o gráfico, pode-se constatar que há uma tendência de concentração das citações em três categorias: a) valores/princípios; b) vergonha reintegrativa; e c) definição da Justiça Restaurativa. Essa evidência pode dar azo a duas interpretações possíveis: a primeira é que de fato o pensamento braithwaiteano tem um impacto profundo no pensamento restaurativista brasileiro, não só em termos quantitativos, mas também em termos qualitativos. É dizer, seu modo de pensar a Justiça Restaurativa tem servido para caracterizar a noção brasileira de JR, uma vez que o que a tem identificado e diferenciado de outras formas de conhecimento e de práticas semelhantes são justamente seus valores, princípios e sua definição específica.

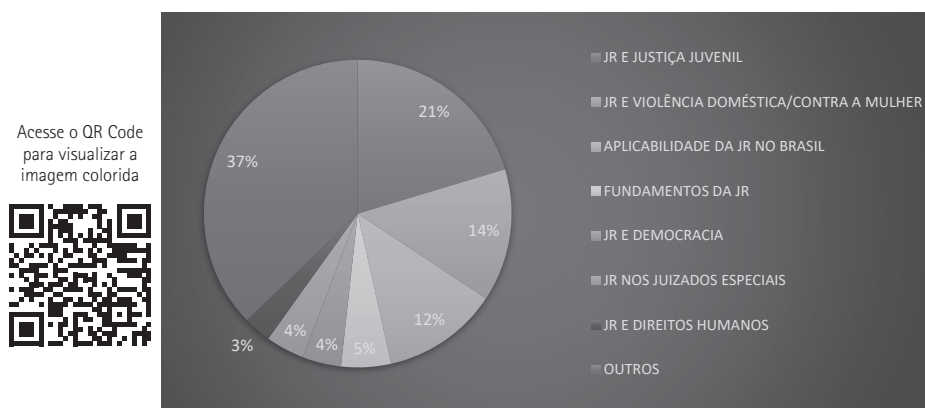
Uma outra interpretação possível é a de que, embora sirva de fonte para a construção das bases teóricas da Justiça Restaurativa, o exame da obra de Braithwaite tem se limitado a essa caracterização, em detrimento de um campo vasto de categorias, de pressuposições, de interconexões que permanecem na sombra.

Com efeito, as evidências apontam para o subaproveitamento da obra de Braithwaite, considerando que as pesquisas sobre a Justiça Restaurativa no Brasil que se servem dela têm esgotado seu alcance naqueles conceitos propedêuticos. Corroborando essa interpretação, a concentração das citações sobre categorias mais elaboradas, como as da vergonha reintegrativa e regulação responsiva (22%), não nos autoriza concluir pela tendência de verticalização dos estudos sobre a obra daquele autor.

Ocorre que o exame qualitativo dessas citações dá conta de que a grande maioria delas são do tipo rápido, ou seja, sucintas e desacompanhadas de qualquer reflexão posterior. É o que intitulamos aqui de “citação-clichê”, referência meramente ilustrativa, sem interesse de criar no texto uma ponte para um debate mais profundo.

4.7. Temas gerais das publicações

Gráfico 10 – Citações x temas gerais das publicações



Fonte: elaboração própria.

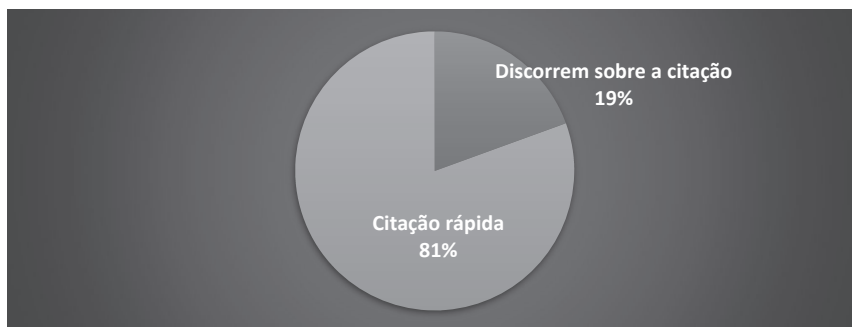
Observando-se o gráfico supra, sem ter em mente a interpretação levantada anteriormente, pode-se chegar à seguinte conclusão (equivocada): se a maioria das citações de Braithwaite se encontram em obras cujas temáticas principais são a Justiça Juvenil, a aplicabilidade da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica ou contra a mulher e a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no Brasil, logo, Braithwaite é um autor-referência no país quanto a essas temáticas.

Como explanado, essa conclusão é inválida. Do exame qualitativo realizado nessa pesquisa, nota-se que a maioria das citações de Braithwaite não se ligam diretamente aos temas gerais dos textos onde se encontram, mas são utilizadas apenas genericamente, nos momentos de introdução do tema da Justiça Restaurativa (por isso versam sobre a definição, a história da Justiça Restaurativa, a representatividade do autor e os valores restaurativos). Em outros momentos desses textos, citações também genéricas sobre a vergonha reintegrativa e a regulação responsiva são utilizadas como ilustrações (na maioria das vezes), não como motes para um aprofundamento ou para a crítica da categoria.

4.8. *Nível de discussão*

No que tange ao nível de reflexão que se segue às citações, veja-se o gráfico seguinte:

Gráfico 11 – Nível de discussão das categorias citadas



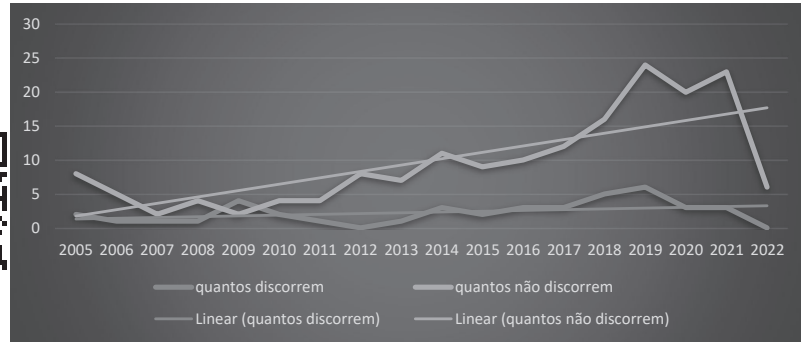
Fonte: elaboração própria.

Com efeito, a grande maioria das citações são meramente reproduções descontextualizadas/superficiais do texto de Braithwaite. Se afastam dessa tendência, por exemplo, os textos de Benedetti (2005; 2006) e de Carvalho (2014).

Distribuindo-se ano a ano o número de trabalhos científicos com citações da obra do autor pelo nível de reflexão sobre as categorias, percebe-se uma tendência ascendente de superficialidade das abordagens.

Gráfico 12 – Nível de discussão x ano (comparativo)

Acesse o QR Code
para visualizar a
imagem colorida



Fonte: elaboração própria.

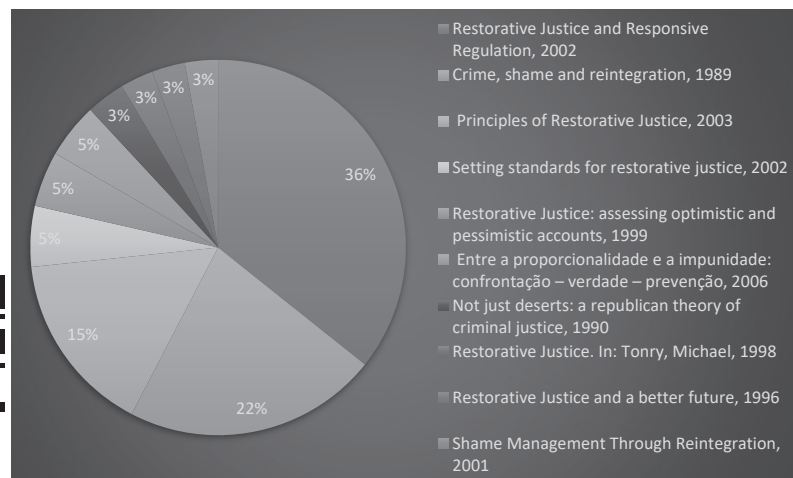
Enquanto o número de trabalhos científicos com citações se eleva com o passar do tempo, também aumenta a superficialidade das discussões sobre essas citações. Essa mesma tendência de falta de aprofundamento sobre a obra de Braithwaite também parece ser comprovada pela concentração das obras referenciadas desse autor.

4.9. Textos mais citados

O gráfico a seguir mostra como as citações praticamente reduzem a extensa e variada obra do autor a dois livros e um artigo:

Gráfico 13 – Textos de Braithwaite mais citados

Acesse o QR Code
para visualizar a
imagem colorida



Fonte: elaboração própria.

Algumas explicações podem ser deduzidas desse fenômeno: primeiro, pode-se deduzir uma espécie de percepção entre grande parte dos autores restaurativistas nacionais quanto ao esgotamento das explicações sobre o pensamento de Braithwaite: daí esses autores dispensarem qualquer crítica ou problematização sobre seus conceitos e pressupostos.

Segundo, devido à necessidade dos recortes epistemológicos, os autores não se sentem inclinados a abordar com mais profundidade os argumentos de Braithwaite sob pena de incorrer em desvios temáticos. Não sendo o foco das pesquisas, caberia apenas a citação ilustrativa das categorias.

Embora a primeira explicação seja diferente da segunda por ser comprovadamente inválida (como vimos na primeira parte dessa pesquisa, há uma lacuna evidente sobre o tema), ambas compartilham a mesma trilha metodológica potencialmente perigosa no que diz respeito ao risco de manutenção do processo de colonização do saber restaurativo no Brasil.

Com efeito, os resultados aqui apresentados confirmam a hipótese de que a obra de Braithwaite ainda é pouco explorada, embora consideravelmente difundida no campo restaurativista nacional. Também é confirmada a hipótese de que, seguindo uma tendência geral do campo, há um déficit de aprofundamento quanto a obra desse autor, ao passo em que a difusão de seus conceitos tem se dado de maneira mimética e superficial.

5. CONCLUSÃO

Uma das vantagens da Análise de Conteúdo enquanto técnica de pesquisa é a sua aptidão de revelar presenças e ausências sintomáticas (BARDIN, 1977, p. 21) mesmo quando aplicada a objetos de investigação massivos. Nesses casos em que o objeto pesquisado diz respeito a todo um campo de estudos, o exame das frequências e/ou o trabalho interpretativo sobre determinados elementos centrais (ora recorrentes, ora omitidos) propicia ao pesquisador não apenas a possibilidade de descrição objetiva e fidedigna da realidade do campo (como a do estado da arte), mas, sobretudo, permite ao pesquisador inferir os traços característicos dessas realidades-objetos sem ter de submeter-se à (impossível) leitura dos conteúdos que lhes constituem.

Nessa pesquisa, do tipo massivo (revisão do estado da arte), a primeira e mais marcante ausência, portanto, característica do campo de pesquisa investigado, corresponde à lacuna de trabalhos científicos exclusivamente dedicados ao pensamento restaurativo de Braithwaite. Em um intervalo de quase 20 anos (de 2004, data da primeira publicação sobre Justiça Restaurativa no Brasil a outubro de 2022) nenhuma tese de doutorado ou dissertação de mestrado sobre a Justiça Restaurativa de Braithwaite foi localizada nas bases de pesquisa selecionadas. Apenas identificam-se trabalhos com um alcance mais reduzido, como a resenha crítica e o artigo de Benedetti (2005; 2006), ou que apenas tocam no tema parcialmente, como nos casos da dissertação de Martins (2009) ou de maneira secundária, como na dissertação de Zagallo (2010).

Essa ausência contrasta com o nível de aceitação da obra de Braithwaite no campo restaurativista brasileiro, notado já há algum tempo por pesquisadores de campo como

Andrade (2018a) e confirmada nesta pesquisa. Entre as teses e dissertações encontradas sobre a Justiça Restaurativa na plataforma CAPES Teses e Dissertações, quase que uma em cada três apresentam uma citação da obra do criminólogo australiano.

Fato é que o estado da arte da Justiça Restaurativa de John Braithwaite no Brasil pode ser resumido da seguinte maneira: o universo de trabalhos totalmente dedicados ao estudo do tema se resume a uma resenha crítica (de oito laudas), publicada em 2005 por Juliana Benedetti, que examina as categorias da vergonha reintegrativa e da regulação responsiva à luz da criminologia crítica e aponta para uma aproximação entre o conceito de responsabilidade em Braithwaite e a etiologia criminal.

Abordando parcialmente a obra desse mesmo autor, foram detectadas ainda mais três produções científicas no Brasil: o artigo de Benedetti (2006), que examina e conclui pela incompatibilidade da Justiça Restaurativa (inclusive a de Braithwaite) com o paradigma da reação social; a dissertação de Martins (2009), que afirma a Justiça Restaurativa como saída republicana e conforme os direitos humanos, para as mazelas do sistema penal; e, por fim, a dissertação de Zagallo (2010), que utiliza algumas categorias de Braithwaite como modelo teórico de avaliação dos projetos-piloto brasileiros do início dos anos 2000.

Afora isso, a obra de Braithwaite aparece no campo restaurativista brasileiro (na maior parte dos casos) por meio de citações sucintas, meramente ilustrativas de categorias-clichês como as da vergonha reintegrativa ou da regulação responsiva, ou por meio de citações genéricas sobre os fundamentos da Justiça Restaurativa (como definição, valores, princípios e história da JR).

Se, por um lado, o pensamento de Braithwaite parece contribuir para o desenho do “perfil” da Justiça Restaurativa no Brasil, por outro, a maneira como ele tem sido abordado demonstra uma tendência de subaproveitamento ou de déficit de aprofundamento (ANDRADE, 2018a). Ocorre que a convergência entre o vácuo de análises mais verticais e a preponderância de abordagens acríticas sobre o pensamento de Braithwaite aponta para a conclusão segundo a qual esses fenômenos manifestam, no campo do saber, o processo mais amplo de colonização da Justiça Restaurativa no Brasil (ANDRADE, 2018a).

Por essa razão, nos parece que neste ponto o problema fundamental estabelecido nessa pesquisa alcança sua resposta: de que maneira o pensamento restaurativo de Braithwaite tem aportado no Brasil? Tem sido incorporado irrefletida e superficialmente ou de maneira profunda e crítica? Nossa hipótese específica de que a obra de Braithwaite, ainda que fonte para o pensamento restaurativo no Brasil, é pouco explorada em sua complexidade se mostra validada. Sendo assim, faz sentido a suposição de que a construção do saber restaurativo no Brasil tem corrido risco em face da importação de ideias anglo-eurocêntricas potencialmente não compatíveis com sua realidade e de que há uma chance de perda da oportunidade de maturação da Justiça Restaurativa brasileira a partir da zona de contato que se abre com a obra de Braithwaite (aprendizado norte-sul).

Obviamente que a presente pesquisa deixa também suas lacunas, algumas resultantes de seus próprios limites, outras deixadas de propósito, para dar espaço a novas investigações. Com efeito, o estudo da obra de Braithwaite ainda é campo que demanda uma exploração mais aprofundada por parte dos pesquisadores restaurativistas brasileiros.

Fica patente a importância do estudo dessa obra, considerando o destaque e a representatividade que tem o autor, fato este confirmado durante a revisão.

Um tema interessante a ser explorado – reputa-se – é o da representatividade de Braithwaite tanto nos campos do Direito Regulatório, do Direito Tributário, do Direito Econômico, ao mesmo tempo em que se apresenta como autor dominante no campo da Justiça Restaurativa, e como de alguma forma a categoria da regulação responsiva serve de ponto em comum entre eles.

Outro terreno não desbravado, bastante importante, é o da relação entre a Justiça Restaurativa de Braithwaite e o pensamento decolonial no Brasil. É esse espaço, particularmente, que o projeto “Justiça Restaurativa de John Braithwaite: entre colonização e emancipação da Justiça Restaurativa no Brasil”, desenvolvido junto ao PPGD/UFBA, visa ocupar, ao propor a exposição sistemática das principais categorias do pensamento restaurativo contidas na obra de Braithwaite e o exame do resultado desse encadeamento por meio de uma lente decolonial.

Para além da revisão sistemática do estado da arte, o presente trabalho também gerou outros frutos. O principal deles diz respeito ao levantamento de uma vasta biblioteca que servirá de referência para o desenvolvimento do projeto de pesquisa mencionado. Isso posto, recomenda-se aos pesquisadores a realização de trabalhos semelhantes, que se dediquem à revisão desse tipo. Seu alcance vai sempre mais longe do que se espera. O que se gasta em dedicação e esforço no início do processo, se ganha em tempo e confiabilidade da pesquisa no final.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Coord.). *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018a.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Restorative justice and criminal justice: limits and possibilities for Brazil and Latin America. *International Journal of Restorative Justice*, 1(1), 2018b, p. 9-32.
- BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista direito GV*, v. 1, n. 21, p. 209-216, jun.-dez. 2005.
- BENEDETTI, Juliana C. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 491-520.
- CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira. In: SLAKMON, C. et al. (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 211-223.
- CARVALHO, Rita de Cassia Ramos de. *O processo de restauração de danos na 3ª Vara do Juizado da infância e juventude de Porto Alegre e na extensão do 2º Juizado Especial Criminal do Largo do Tanque de Salvador*. Dissertação (Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de um modelo crítico de Justiça Restaurativa. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 129-136, jan.-jun. 2014.
- MARTINS, Sueline Justus. *Republicanism no Sistema Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, 2009.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- SAMPAIO, R. F.; MANCINI, M. C. Estudos de revisão sistemática: um guia para síntese criteriosa da evidência científica. *Revista brasileira de fisioterapia*, São Carlos, v. 11, n. 1, p. 83-89, jan.-fev., 2007.
- SANTOS, Jonny Maikel dos. *Justiça restaurativa: aspectos teóricos e análise das práticas do 2º Juizado Criminal do Largo do Tanque-Salvador, BA*. Dissertação (Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SLAKMON, C. et al. (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.
- SLAKMON, C. et al. (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.
- UNESP. *Tipos de Revisão de Literatura*. Biblioteca Prof. Paulo de Carvalho Mattos. Botucatu: Faculdade de Ciências Agrônômicas, 2015.
- ZAGALLO, Ricardo Luiz B. de S. *A Justiça Restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, de Clara Maria Roman Borges e Bruna Amanda Ascher Razera – *RBCCrim* 173/279-315;
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162;
- Desafios para aproximar violência de gênero e justiça restaurativa, de Carmen Hein de Campos e Jacqueline Padão – *RBCCrim* 196/19-40;
- Justiça restaurativa e democracia: fundamentos jurídico-filosóficos para a superação da razão punitiva, de Raphael Boldt – *RBCCrim* 196/93-122;
- Justiça restaurativa em casos de violência doméstica no Brasil: promessas para as mulheres vítimas, de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Michelle Karen Batista dos Santos – *RBCCrim* 196/123-161;
- "Limpendo as lentes": o que é justiça restaurativa?, de Rosalina Moitta Pinto da Costa – *RT* 1023/279-299; e
- Sistema carcerário e justiça restaurativa: a mudança paradigmática na gestão de conflitos criminais, de Rafael de Lazari e Alison Andreus Gama – *RT* 1035/235-255.

OBJETO E MÉTODO DA CRIMINALIZAÇÃO DO ÓDIO NO BRASIL: ABORDAGEM SOBRE A FUNÇÃO DOS TIPOS PENAIS NOMINATIVOS

OBJECT AND METHOD IN THE CRIMINALIZATION OF HATE IN BRAZIL: AN APPROACH TO THE ROLE OF NOMINATIVE CRIMINAL TYPES

SALO DE CARVALHO

Doutor (UFPR) em Direito. Professor de Direito Penal e de Criminologia da UFRJ e da UERJ. Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/4997752549394373].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-2006-9916].
salo.carvalho@uol.com.br

PAULA FRANCIELE SILVA

Doutoranda em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle. Mestra em Direitos Humanos pela Uniritter – Centro Universitário Ritter dos Reis. Professora, pesquisadora, advogada, atua nas áreas do Direito Penal e Cível.
Lattes: [lattes.cnpq.br/2390876778482188].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2247-7574].
paulatoldo@gmail.com

RENATA ALMEIDA DA COSTA

Doutora em Direito pela UNISINOS (2010). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002) e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998). É professora e coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade La Salle e professora do curso de Graduação em Direito.
Lattes: [lattes.cnpq.br/8431378002523967].
ORCID: [orcid.org/0000-0001-9744-4668].
renata.costa@me.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10724957].

Recebido em: 18.09.2023

Aprovado em: 18.01.2024

Última versão dos autores: 24.01.2024

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A partir do levantamento de dados e da apresentação de casos emblemáticos relacionados com os crimes de ódio no Brasil (dimensão fenomenológica), mais especificamente condutas motivadas pelo racismo, misoginia e lgbtqiapn+-fobia, procuramos (primeiro) problematizar o conteúdo desta espécie de ilícito (dimensão conceitual), apresentando suas dimensões interindividual, institucional, estrutural e simbólica e, posteriormente, (segundo) discutir as suas variáveis político-criminais (dimensão normativa). Desde a nova crítica criminológica (teoria de base), entendemos necessário compreender como o ódio contra determinados corpos se infiltra e se mantém nas instituições do sistema penal. Ao final, apresentamos uma diferença entre o objeto e o método da política de criminalização dos delitos de ódio no Brasil, com especial referência ao que denominamos tipos penais nominativos.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de ódio – Racismo – Misoginia – Lgbtqiapn+-fobia – Criminologia Crítica.

ABSTRACT: Based on data collection and the presentation of emblematic cases related to hate crimes in Brazil (phenomenological dimension), specifically acts motivated by racism, misogyny, and LGBTQIAPN+phobia, we firstly aim to problematize the content of this type of offense (conceptual dimension), presenting its interindividual, institutional, structural, and symbolic dimensions. Subsequently, (secondly) we discuss its political and criminal variables (normative dimension). Drawing from the new critical criminology (foundation theory), we find it necessary to understand how the hate against certain bodies infiltrates and persists within the institutions of the penal system. In conclusion, we present a distinction between the object and method of the policy of criminalizing hate crimes in Brazil, with special reference to how we call nominative criminal types.

KEYWORDS: Hate Crimes – Racism – Misogyny – LGBTQIAPN+phobia – Critical Criminology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Crimes de ódio: a questão conceitual. 3. Crimes de ódio no Brasil: a questão fenomenológica (panorama). 4. Crimes de ódio no Brasil: a questão normativa. 5. Discussão: objeto e método nas reformas político-criminais relacionadas aos crimes de ódio. 6. Referências bibliográficas. 7. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Em fevereiro de 2023, a roteirista Lívia La Gatto registrou um boletim de ocorrência após receber ameaças de morte de Thiago Schutz, autointitulado influenciador digital. Segundo o narrado em diversas reportagens (LEITE/MACHADO, 2023), Lívia havia postado um vídeo satirizando conteúdos publicados por homens que realizavam discursos de ódio contra mulheres. Após a postagem, na qual não teria referido o nome do influenciador, passou a receber mensagens e chamadas telefônicas de Schutz pelo Instagram, uma com o seguinte conteúdo: “você tem 24 horas para retirar seu conteúdo sobre mim. Depois disso é processo ou bala. Você escolhe” (idem).

A partir desse episódio, um amplo debate foi iniciado nas redes sociais brasileiras. Para além das inúmeras militantes do movimento de mulheres que se manifestaram publicamente em repúdio às agressões, foi criada petição on-line com a intenção de alterar a

Lei 7.716/89 para incluir a misoginia no rol dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça. Em alguns dias a petição alcançou número expressivo de assinaturas e a demanda de criminalização ingressou no debate parlamentar. Como resultado, foi apresentado o Projeto de Lei 896/23, que, ao modificar a Lei 7.716/89, insere a misoginia como espécie do crime de racismo.

1.2. A recente demanda criminalizadora permite analisar, de forma ampla, as demandas dos movimentos sociais de direitos humanos e o tipo de resposta legislativa oferecido aos crimes de ódio no Brasil nas últimas décadas. O objeto central da pesquisa, portanto, é o da mecânica ou dos processos de criminalização de condutas motivadas pelas mais distintas formas de ódio. O ponto de partida é o (falso) dilema colocado no campo da crítica no país: parte da academia qualifica as demandas criminalizadoras dos movimentos sociais de negros, mulheres e lgbtqiapn+ como “punitivismo de esquerda”; em reação, os movimentos sociais denunciam que os acadêmicos (em geral homens brancos) querem tutelar sua ação política. Em efeito: um cisma no campo crítico-humanitário.

A presente investigação pretende, na linha do que defendemos há alguns anos, compreender as críticas e superar algumas falsas dicotomias, de forma a racionalizar o debate. Assim, pretende, em primeiro lugar, discutir o conteúdo dos crimes de ódio (*dimensão conceitual*); em segundo, analisar como se expressa essa forma de violência no Brasil (*dimensão fenomenológica*); em terceiro, verificar as principais alterações legislativas (*dimensão normativa*); para, ao final, discutir os problemas derivados desta experiência político-criminal.

Para evidenciar os crimes de ódio, serão analisados os dados relacionados às mais distintas formas de violência motivadas pelo preconceito na última década no Brasil, diferenciando suas dimensões interindividual, institucional, estrutural e simbólica. Procuramos, sobretudo, direcionar a lente para práticas institucionais que legitimam e reproduzem as violências racistas, misóginas e a lgbtqiapn+fóbicas.

O mapeamento dos crimes de ódio, por meio da análise documental e do estudo de casos (procedimento metodológico), e a resignificação da categoria dos crimes de ódio desde uma abordagem estrutural e institucional das violências (nova crítica criminológica: teoria de base), permitem compreender as dinâmicas do sistema penal brasileiro e, em consequência, projetar ações em distintos níveis.

2. CRIMES DE ÓDIO: A QUESTÃO CONCEITUAL

2.1. Na linha das perspectivas universalistas dos direitos humanos, parte do esforço acadêmico atual é o de buscar uma definição abrangente de “crimes de ódio” capaz de decodificar múltiplos fenômenos que se manifestam em diferentes contextos históricos, geográficos e políticos. Sobretudo na Europa, a experiência do nazifascismo parece ser um dos pontos de partida para o debate, vinculando e atualizando as manifestações de ódio ao antissemitismo e ao nacionalismo típicas dos movimentos de ultradireita.

Todavia a obsessão pelo conceito acaba por enfrentar a resistência do objeto em sua particularidade. Veja-se, p. ex., que mesmo a definição de antissemitismo, que em uma acepção gramatical nos remete à ideia básica de hostilidade aos judeus, não pode ser tomada de

modo unitário. Ortona (1998, p. 39) refere que os antissemitismos antigo e medieval diferem bastante daquele que se desenvolve a partir da segunda metade do século XIX com o nascimento do nacionalismo: “trata-se, de fato, de fenômenos bem diversos, que partem de causas econômicas e sociais bem distantes entre si”. Neste sentido, sublinha o autor que considerar o antissemitismo como um fenômeno unitário ou uma categoria universal “só pode levar-nos a conclusões a-históricas e aberrantes deste tipo: entre as características dos hebreus estariam inseridos fatores que determinam a perseguição a eles; pesa sobre eles uma ‘maldição’, e coisas do gênero” (idem).

As proposições universalistas não apenas desenvolvem uma tendência à essencialização da vítima, conforme sugere Ortona, como igualmente potencializam a construção de estereótipos sobre os agressores, na linha dos enfoques microcriminológicos das ciências criminais ortodoxas de base positivista (CARVALHO, 2023). Perde-se, assim, a urgência do contexto ao se reduzir o fenômeno à dimensão interindividual ou às dinâmicas subculturais. De igual forma, quando são polarizados sujeitos e grupos a partir da ideia de que essa forma de violência corresponde a um ato de comunicação de que certas pessoas não podem ser reconhecidas como pertencentes a uma determinada comunidade. Em consequência, conforme demonstra Gerstenfeld (2023),

“[...] a maior parte da legislação e da pesquisa sobre crimes de ódio concentra-se em uma gama relativamente estreita de ações: atos criminosos cometidos por indivíduos ou pequenos grupos e destinados principalmente a causar danos físicos, econômicos ou psicológicos a outras pessoas devido à raça, religião, orientação sexual ou outra afiliação específica das vítimas.”¹

Tais perspectivas legislativas ou acadêmicas acabam, pois, por ofuscar (ou simplesmente ignorar) importantes atores e mecanismos de produção e reprodução dessas ofensas como, na dimensão macrocriminológica, as instituições de Estado, tanto nas relações internas quanto nas internacionais (*ódios estrutural e institucional*) – pense-se, p. ex., no extermínio da juventude negra realizado por policiais nas intervenções nas favelas do Rio de Janeiro (CARVALHO/MATOS, 2021); no massacre dos povos originários amazônicos promovido por ações diretas ou omissões dos órgãos estatais reguladores (ZAFFARONI/SANTOS, 2020; Carvalho et al., 2021); nos estupros coletivos utilizados como armas de guerra para promoção do terror e aniquilamento espiritual em Ruanda (ZIMBARDO, 2013); e, de forma mais ampla, nos genocídios promovidos pelos Estados-nação ao longo da Modernidade (MORRISON, 2006). Ainda em nível macrocriminológico, o reducionismo de método e de objeto impede perceber a fabricação e o incentivo aos ódios de raça, gênero e classe pelas corporações privadas, em especial as agências de comunicação (ZAFFARONI/SANTOS, 2020; ZAFFARONI, 2021), fenômeno que pode ser designado como *ódio corporativo (ou empresarial)*.

Na esfera microcriminológica, a redução da violência motivada pelo ódio ao nível interindividual, por meio da formação de estereótipos de autores e vítimas, resulta no

1. As citações em língua estrangeira foram traduzidas livremente pelos autores.

encobrimento de algumas violências cotidianas. A misoginia que se materializa na violência doméstica (CAMPOS/CASTILHO, 2022) é um caso exemplar de como a reprodução do ódio atinge pessoas que se relacionam afetivamente, nos espaços familiares e de convívio social, ou seja, os preconceitos e as discriminações não respondem a um padrão que fixa e isola o ato no dano produzido contra vítimas que não pertencem à comunidade dos violadores.

2.2. Por essas razões, conforme desenvolvido em outro momento (CARVALHO/GOYES/WEIS, 2020), inspirados nas primeiras proposições de Galtung (1969; 1971; 1990), e no seu desenvolvimento na América do Sul sobretudo por Rosa del Olmo (1975), entendemos que o tema do ódio se articula dialeticamente em diferentes modalidades: (*primeira*) violência direta: praticada entre violadores e vítimas individuais; (*segunda*) violência simbólica: materializada nas formas de construção do discurso; e (*terceira*) violência institucional e estrutural: exercida pelo Estado e suas agências de controle.

Conforme demonstrou Del Olmo (1975) e, mais recentemente, entre outros, Goyes (2019), no Sul Global a violência é predominantemente institucional e estrutural, embora sejam basicamente os autores de violências diretas (interindividuais) as pessoas criminalizadas. Zaffaroni (idem) e Zaffaroni/Santos (idem) se preocupam, ainda, em apontar o importante papel desempenhado pelas corporações, pelo mercado financeiro e pelos meios de comunicação na sustentação dessas violências, sobretudo as institucionais e estruturais.

Assim, não é difícil perceber como as violências diretas realizadas por indivíduos ou grupos ganham consistência com a cumplicidade, por ação ou omissão, das agências de Estado, das corporações e dos meios de comunicação.

Se no plano geral a criminologia liberal, ao concentrar o estudo do delito nos indivíduos ou nas subculturas criminas, ignorou o papel dos Estados e suas agências e das corporações na reprodução das violências (CARVALHO, 2023), o mesmo ocorre em relação aos crimes de ódio. Assim, as respostas legais e os estudos acadêmicos tradicionais acabam orientados por essa atomização, excluindo da sua lente importantes sujeitos ativos e vítimas na dinâmica da violência motivada pelo ódio. No Brasil, além dos casos relacionados ao massacre dos povos originários e do extermínio da juventude negra das periferias, anteriormente referidos, outros dois casos são exemplares: as violências de ódio misógina e transfóbica. A redução do ódio misógino e da transfobia a fenômenos de ordem exclusivamente individual conduz à incompreensão da complexidade e do contexto no qual se expressam as violências de gênero. Como se as agressões cometidas nas relações privadas (as que ocorrem nos casos de violência doméstica contra mulheres, p. ex.) não revelassem a dimensão estrutural da misoginia que se materializa em uma violência direta interpessoal.

Aliás, o ódio misógino se expressa no espaço público há muito tempo. Paradigmático para sua compreensão é o caso Campo Algodonero, no México. Os corpos das meninas e mulheres de Ciudad de Juárez “são a tela sobre a qual a mensagem de impunidade, de poder irrestrito, arbitrário e discricionário é escrita” (SEGATO, 2022, p. 21). A violência extrema que as vitimou revela a face estrutural e corporativa de uma masculinidade violenta que se utiliza dos corpos femininos como um território de espetacularização. Por isso não há outra percepção possível senão a de que os crimes de gênero resultam diretamente das relações estruturais de poder e desigualdade.

Para explicar a estruturalidade das opressões e violências de raça e de gênero deve-se pensar as dinâmicas que tomam formas próprias nos diversos contextos coloniais e pós-coloniais nos quais a violência teve papel fundante nas relações sociais (SILVA, 2021). A colonização, em si, foi um ato racista e generificado na qual os conquistadores (homens brancos europeus) possuíram e violaram não apenas os territórios, mas também os corpos dos povos originários, em especial os femininos (CONNELL, 2016). Rita Segato (2018, p. 17) refere que “o gênero [e a raça, incluímos] faz parte da configuração histórica elementar de todo poder e, por consequência, de toda violência, já que todo poder é resultado de uma expropriação inevitavelmente violenta”.

No que diz respeito ao genocídio dos povos originários, as Criminologias do Sul evidenciam que uma compreensão crítica do extermínio promovido pelos colonizadores inverte o tradicional vetor explicativo dos crimes de ódio. Não se trata, como no Norte, para explicar o fenômeno da xenofobia, de uma resposta local contra estrangeiros. A violência da colonização foi (e ainda é) motivada pelo ódio do estrangeiro às populações autóctones, ódio do estrangeiro-colonizador ao habitante originário em um projeto de extermínio que se expressou formalmente como nas relações internacionais. Exatamente por isso as Criminologias tradicionais do Norte “ocultam os genocídios” (ZAFFARONI, 2021, p. 25 e ss.) e não incorporaram o ódio colonial e neocolonial em sua agenda; além de “omitirem o racismo institucionalizado” (ALAGIA/CODINO, 2019, p. 105 e ss.), ao se limitarem a produzir um saber que se ocupa da legitimação da seletividade do sistema penal. Assim, os saberes centrais deixam de perceber, p. ex., que “o nazismo foi um colonialismo que regressou para casa; e o campo de concentração uma seqüela do escravismo racializado e colonial” (ALAGIA/CODINO, 2019, p. 176).

Procuramos, portanto, desde a nova crítica criminológica (ZAFFARONI/SANTOS, 2020) identificar as distintas formas de expressão do ódio no Brasil (questão fenomenológica) para além das análises causais de cunho interindividual. Significa compreender como o ódio contra determinados corpos se infiltra e se mantém nas instituições públicas e dinamiza práticas violentas por ação e/ou por omissão. As descobertas da crítica criminológica demonstram que a institucionalização dos crimes de ódio está vinculada, sobretudo, à formação histórica do ódio racial, misógino e lgbtqiapn+fóbico que configurou o Estado brasileiro (ALMEIDA, 2018). Esta compreensão é particularmente importante para a decodificação dos índices de violência institucional.

3. CRIMES DE ÓDIO NO BRASIL: A QUESTÃO FENOMENOLÓGICA (PANORAMA)

3.1. Pensar os crimes de ódio no contexto brasileiro requer um esforço teórico considerável para abarcar desde os atos individuais que resultam em morte e os discursos preconceituosos à programação das agências do sistema penal que tornam certas pessoas mais vulneráveis à violência em razão do seu pertencimento a determinado grupo, a exemplo da lgbtqiapn+fobia, da misoginia, da intolerância religiosa e do racismo. Por essa razão, identificamos alguns casos exemplares que poderiam ser classificados como tipos ideais de crimes de ódio, não apenas porque ganharam relevância em decisões judiciais paradigmáticas,

tiveram ampla exposição midiática ou manifestaram usos de violência extrema. De forma sistemática, identificamos quatro grupos de casos.

O primeiro grupo de casos refere a *violência racista contra os povos originários* e tem como expressão o julgamento de assassinatos de indígenas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No caso Povo Xucuru versus Brasil, além de o Estado brasileiro ter sido condenado pela violação aos direitos de propriedade da terra, a Corte IDH apontou uma série de violações decorrente de atos de violências diretas que incluíram o homicídio do Cacique Xicão, liderança do Povo Xucuru, ocorrido em 21 de maio de 1998. Assim, a condenação do Estado brasileiro decorreu da violência praticada pelos fazendeiros que disputavam o território indígena e, igualmente, pelo fato de o poder público não ter concluído, em prazo razoável, o processo de demarcação das terras (CORTE IDH, 2018). Outro caso relevante, julgado pelo STJ, foi o do Massacre de Haximú, conflito no qual homens, mulheres e crianças indígenas que habitavam a região de fronteira entre Brasil e Venezuela foram executados por garimpeiros e grileiros de terras em 1993. O massacre foi considerado crime de genocídio pela Justiça Federal, decisão que foi confirmada pelo STJ em 2000 (STJ, 2000).

O segundo grupo de casos é relacionado à *violência misógina contra mulheres*. Um dos casos mais emblemáticos na história do movimento feminista contra a violência patriarcal no Brasil foi o do julgamento de Doca Street pelo assassinato da “socialite” Ângela Diniz, em 1976. O crime teve alta repercussão na imprensa, sobretudo em razão do status social dos envolvidos. O caso foi um impulsionador do movimento feminista para a mudança da legislação e da forma de julgamento dos feminicídios notadamente em razão da tese defensiva de que Doca Street, ex-companheiro de Ângela, havia “matado por amor” e em “legítima defesa da honra” em razão de suposta traição da vítima (GROSSI, 1993; CAMPOS/SILVA, 2023). Igualmente relevante a apresentação, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2001), do caso Maria da Penha Fernandes versus Brasil, no qual o país foi denunciado pela tolerância com a violência de gênero contra as mulheres, especialmente em âmbito doméstico. As recomendações apresentadas pela CIDH refletiram em importantes alterações legislativas, a exemplo da Lei 11.240/2006. Ainda é preciso referir a denúncia do caso Alyne Pimentel versus Brasil, relacionado à situação de violência obstétrica, levada ao Comitê da Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), pelo *Center for Reproductive Rights* e pela Advocacia Cidadã. Trata-se do primeiro caso de morte materna levado ao Comitê CEDAW e que teve como elemento impulsionador de violência não apenas a misoginia, mas também o racismo (ONU, 2011). Em sentido similar o caso Janaína Quirino, que versou sobre a violação dos direitos reprodutivos em razão de esterilização compulsória em um contexto igualmente atravessado pelo racismo (SILVA, 2019).

O terceiro grupo refere a *violência lgbtqiapn+fóbica*, especialmente as situações de transfeminicídio. Segundo Sagot (2013), transfeminicídio é o melhor termo para definir os assassinatos de travestis e mulheres transexuais. Isso porque a ruptura com as ordens de gênero provocada por esses corpos femininos ou feminilizados (CONNELL, 2016) é o motivador do ódio, em agressões marcadas pelo nojo e/ou pelo desprezo (abjeção) ao

corpo trans. Emblemático, neste contexto, o caso de Dandara, travesti de 42 anos espancada em público e posteriormente morta a tiros, em 2017, na periferia da cidade de Fortaleza/CE. O caso ganhou repercussão internacional após a filmagem do espancamento viralizar na internet.

O quarto grupo de casos é relacionado à *violência racista contra a população de origem afro*. Embora evidente, sobretudo pelos números, a dimensão estrutural desta violência que se materializa na letalidade policial e no hiperencarceramento da população negra, e para além dos já citados casos Alyne e Janaína, entendemos emblemático o caso João Alberto Silveira Freitas. Em 2020, João foi morto por asfixia por dois seguranças de um supermercado, localizado na cidade de Porto Alegre, pertencente a uma rede multinacional. O caso virou um símbolo da luta antirracista brasileira contemporânea e resultou, além do processo criminal contra os violadores, em ação civil pública contra a empresa, obrigada a cumprir uma série de ações contra o racismo e investir em programas sociais de educação de pessoas negras (TJRS, 2021).

3.2. Desde o nosso marco teórico, as violências interpessoais e simbólicas motivadas pelo ódio se sustentam e se amplificam como reverberação das violências institucional e estrutural. Os dados quantitativos evidenciam essa hipótese.

Em relação ao *feminicídio*, p. ex., os números apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), a partir dos registros das ocorrências policiais, apontam para um crescimento contínuo de mortes em razão do gênero. A média atual é a de quatro mulheres assassinadas por dia no país (FBSP, 2022). Os feminicídios também são monitorados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Dados mais recentes do Atlas da Violência indicam 4.936 vítimas de feminicídio no Brasil no período de 2009 a 2019. O menor número, registrado em 2019, totalizou 3.737 mulheres assassinadas, também é recorde pelo marcador raça, o que permite verificar que a vitimização de mulheres negras é, em média, o dobro daquela que atinge as mulheres brancas (IPEA, 2019). Quanto aos crimes sexuais, os números são igualmente contundentes: em 2021 foram registrados 66.200 estupros contra mulheres no Brasil; 75,5% contra vulneráveis (deste universo, 61% menores de 14 anos); em 79,6% dos casos o agressor era conhecido da vítima (FBSP, 2022). Se levarmos em conta que a média de registro de crimes sexuais gira em torno de 10% (CAMPOS/CASTILHO, 2022, p. 438), temos uma ideia da gravidade do cenário.

No caso da violência contra mulheres transexuais e travestis o quadro é ainda mais grave. Como as instituições do Estado brasileiro não consideram essas mortes desde uma perspectiva de gênero, não há o registro formal dos transfeminicídios. Tal situação não apenas impede uma maior compreensão da extensão da violência transfóbica, como ofusca o fato de serem mortes generificadas, o que produz um agravamento das violências contra as vítimas em forma de esquecimento, apagamento, não-reconhecimento das suas identidades. Não se pode perder de vista o fato de que a violência transfóbica é uma violência de ódio marcadamente espetacularizada, na qual os corpos das vítimas são manipulados como telas do desejo de extermínio (SILVA, 2021).

Em razão da ausência de dados oficiais, os casos de violência lgbtqiapn+fóbica são mapeados por organizações não-governamentais. Os dossiês elaborados pela Associação

Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) indicam um número relevante de mortes desde 2017, com a ocorrência de 131 mortes em 2022, 76% mulheres trans negras (Antra, 2023).

3.3. No Brasil, as violências praticadas pelo sistema punitivo, sobretudo as agências policial e carcerária, são configuradas pelo racismo. A Anistia Internacional (2023, p. 77), no Informe “O Estado Dos Direitos Humanos no Mundo”, refere de forma aprofundada como o racismo impulsiona a violência do Estado no país. Conforme referido em outro momento (CARVALHO/MATOS, 2021), os movimentos sociais de luta pelos direitos humanos entendem que o Estado brasileiro instituiu historicamente uma política de extermínio que marca o genocídio da população negra (ALMEIDA, 2019; FLAUZINA, 2008; MORAIS, 2016; FERREIRA/CAPPI, 2016, entre outros). Os dados atestam essa hipótese, especialmente quando são comparados os números de homicídios de jovens negros com as taxas de mortes em outros grupos (FBPS, 2018; IPEA, 2019; FBPS, 2019). A letalidade policial é a principal expressão dessa violência de Estado racializada (ANISTIA INTERNACIONAL 2015, 2016; ZACCONE, 2015; CANO, 2014; MISSE, 2010).

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) alerta sobre a crescente letalidade da polícia: somente em 2017, 5.159 pessoas morreram em confrontos policiais (FBPS, 2018; Anistia Internacional, 2018). Os dados são semelhantes aos apresentados pelo “observatório da violência”, um banco de dados gerenciado pelo terceiro setor, que aponta para um aumento vertiginoso dessa forma de violência: 3.330 mortes em 2015; 4.222 em 2016; 5.225 em 2017; 5.716 em 2018; 5.804 em 2019; 6.413 em 2020; 6.145 em 2021 (FBSP, 2022). Apesar da leve redução em 2021, a taxa de pessoas negras mortas pela polícia cresceu 5,8%; enquanto na população branca o índice caiu aproximadamente 31% (ROCHA, 2022).

Quanto ao encarceramento, os números são amplamente conhecidos. Em 1990, havia cerca de 90.000 pessoas presas no Brasil. Em 2017, de acordo com o relatório do Departamento Penitenciário Federal (DEPEN, 2017), a população carcerária brasileira chegava a 726.712 – 352,6 presos por 100.000 habitantes, taxa de ocupação de 197,4% (déficit de 358.663 vagas). Em 2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) informou que o Brasil tinha um total de 908.131 presos, nos mais distintos regimes de cumprimento.

Os números evidenciam a face estrutural do racismo no Brasil. Para Silvio Almeida (2019, p. 47), essa forma de racismo se caracteriza pela sistemática de reprodução de violências contra a população negra: “as instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção dessa ordem social”. O racismo estrutural, nesse sentido, configura as relações entre Estado e sociedade civil, organizando as relações de poder sob o signo no ódio.

4. CRIMES DE ÓDIO NO BRASIL: A QUESTÃO NORMATIVA

4.1. A Constituição de 1988 é o marco normativo de enfrentamento aos crimes de ódio no Brasil. Não apenas em razão das diretrizes estabelecidas em seus princípios fundamentais,

em especial no art. 3º, IV,² e no art. 4º, II e VIII³, mas notadamente naquilo que dispõe seu núcleo penal (punitivo). Ao tratar dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (art. 5º), não ficou restrita ao estabelecimento de limites ao poder punitivo – p. ex., princípio da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, XXXIX). Na linha do constitucionalismo pós II Guerra, foram incorporadas funções positivas em todas as áreas da administração pública, inclusive com a ampliação da área de incidência do direito penal. Na Constituição brasileira, essa função propulsora da incriminação aparece expressa nas “cláusulas de criminalização”.

Entre os inúmeros bens jurídicos elencados no formato de “cláusulas de criminalização” destacam-se dois dispositivos relacionados aos crimes de ódio: art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”); e art. 5º, XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”). No caso específico do racismo, além do mandado de criminalização, ou seja, da obrigação do Poder Legislativo de punir criminalmente condutas de preconceito racial, a Constituição restringiu expressamente a concessão de fiança e vedou a prescrição.

A determinação constitucional de criminalização do racismo foi cumprida pelo Parlamento brasileiro em 1989, com a publicação da Lei 7.716, cujo art. 1º estabelecia: “serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.” Em 1997, a Lei 9.459 ampliou o objeto de reprovação, inserindo no dispositivo “etnia, religião ou procedência nacional”.

4.2. Os atos de racismo previstos na Lei 7.716/89, com as modificações realizadas pelas Leis 9.459/97, 12.288/10 e 14.532/23, abrangem quaisquer comportamentos que possam causar constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência, conforme indica a regra interpretativa do art. 20-C. A lei prevê como ilícitos, de maneira geral, manifestações ofensivas (art. 2º-A), impedimento ou dificultação de exercício de atividade, cargo ou função (art. 3º, art. 4º e art. 13), obstrução de acesso a locais ou serviços (art. 5º ao art. 12) e proibição de convivência (art. 14).

Com base na política criminal deflagrada pelo movimento negro, o movimento lgbtqiapn+, a partir de importante articulação no Congresso Nacional, encaminhou proposta para alterar a Lei 7.716/89 (Lei dos Crimes Raciais) e incluir a “homofobia” como espécie de racismo. Convertido, em 2006, no PL 122, a proposição incluía, no art. 1º da Lei 7.716/89, as condutas discriminatórias em razão de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

O projeto de “criminalização da homofobia”, como ficou conhecido o PL 122/06, enfrentou inúmeras resistências no Legislativo, sobretudo das bancadas religiosas evangélicas. Além de ampliar a criminalização de ações discriminatórias no ambiente de trabalho

2. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”
3. “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos; [...] VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo.”

e atos impeditivos de atividades e acesso a locais, bens e serviços, conforme já assegurado na Lei dos Crimes Raciais, o PL 122/06 previa, como ilícito penal, em seu art. 7º, (a) o impedimento ou a restrição da expressão ou da manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público; e (b) a vedação da livre expressão e de manifestações de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero quando permitidas aos demais. Além disso, redefinia o § 3º do art. 140 do Código Penal, incluindo o preconceito de orientação sexual e identidade de gênero como hipótese de crimes contra a honra (art. 10, PL 122/06).

A tramitação do projeto foi interrompida em dezembro de 2014, com a determinação de arquivamento da Presidência do Senado Federal (Resolução 38, Diário do Senado Federal 210, 23.12.2014), em razão do tempo transcorrido sem aprovação pelas Comissões responsáveis. Após aprovação pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS), em 2009, a Comissão de Direitos Humanos (CDH) não colocou o projeto para votação, situação de inércia que provocou o arquivamento. Segundo noticiado na ocasião do arquivamento do PL 122/06, em 2015, “[...] a proposta enfrenta[va] resistências, principalmente de lideranças religiosas, que afirmam que a matéria viola o direito à liberdade de expressão e temem ficar sujeitas a penas que vão de um a cinco anos de reclusão” (AGÊNCIA SENADO, 2015).

4.3. Como já era esperado o arquivamento do PL 122/06, no final de 2013 o então Partido Popular Socialista (PPS) ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão junto ao Supremo Tribunal Federal (ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello). O pedido formulado na ADO 26 era para que a Suprema Corte reconhecesse a omissão do Congresso Nacional em não cumprir os mandados de incriminação que garantiriam proteção penal às pessoas lgbtqiapn+. Segundo os proponentes, o art. 5º, XLI, da Constituição, ao referir que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, contemplaria a população lgbtqiapn+, razão pela qual a inação do Parlamento seria inconstitucional. Assim, o Congresso Nacional, ao não elaborar lei semelhante àquela que criminaliza o racismo, teria gerado um déficit de tutela estatal aos grupos vulneráveis em razão do gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

No julgamento da ADO 26, a Suprema Corte, por maioria de votos, considerou procedente o pedido, conferindo à decisão eficácia geral e efeito vinculante para (a) reconhecer o estado de mora do Congresso Nacional; b) declarar inconstitucional a omissão normativa do Poder Legislativo da União; (c) cientificar o Parlamento da necessidade de adotar as medidas necessárias para o cumprimento do comando constitucional; e (d) dar interpretação conforme à Constituição, em razão dos referidos incisos do art. 5º, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja sua forma de manifestação, nos tipos penais definidos na Lei 7.716/89 até que o Congresso edite lei específica (STF, ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13.06.2019). Note-se que, para além do reconhecimento da injustificável omissão do Poder Legislativo (itens “a”, “b” e “c” da decisão), a decisão determinou a equiparação das condutas homo e transfóbicas ao racismo pela via judicial (criminalização por analogia). Desde a perspectiva da Corte, as condutas “[...] homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo” (idem). Outrossim, a decisão estabeleceu uma regra interpretativa no sentido de a homotransfobia constituir “motivo torpe”, situação que

permite qualificar os crimes de homicídio perpetrados contra a população lgbtqiapn+ (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*).

4.4. Nessa síntese, é possível notar que os movimentos negro e lgbtqiapn+ primaram fundamentalmente pela criminalização de condutas discriminatórias relacionadas aos *discursos de ódio*, à *restrição de direitos sociais e econômicos*, à *limitação das liberdades de locomoção* e à *obstrução de acesso a bens e serviços*. Em sentido diverso, o processo legislativo promovido pelo movimento de mulheres concentrou-se nas formas de ódio expressas em violência direta contra a pessoa. Essa maneira de problematizar o ódio misógino – em especial os casos de violência doméstica – permitiu uma compreensão qualificada do significado dos crimes que vitimizam as mulheres.

Em 2001, a Lei 10.224/01 tipificou o assédio sexual (art. 216-A), demanda histórica do movimento de mulheres para regulação, sobretudo, do ambiente de trabalho. Mas o ponto de partida da nova política criminal foi a publicação, em 2005, da Lei 11.106. Em um importante movimento de secularização dos crimes sexuais previstos no Código Penal, a referida Lei revogou o elemento normativo “mulher honesta”, elementar dos tipos penais dos artigos 215 (posse sexual mediante fraude), 216 (atentado ao pudor mediante fraude) e art. 219 (raptor violento ou mediante fraude). Ademais, descriminalizou as condutas de sedução (art. 217), raptor e raptor consensual (artigos 219 e 220) e adultério (art. 240), todos do Código Penal. Tratou-se do primeiro passo para substituir a ideia de proteção penal da “moral sexual” para a de responsabilização jurídica pela violência sexual.

Paradigmática, porém, foi a publicação da Lei 11.340/06. A denominada “Lei Maria da Penha” inovou em várias matérias: mecanismos de prevenção da violência; medidas protetivas às vítimas; redefinição dos delitos e das penas que envolvem violência machista. Na esfera criminal, a Lei Maria da Penha alterou dispositivos do Código Penal para (a) inserir como agravantes (art. 61, II, “f”) a violência contra a mulher; (b) aumentar as penas para os crimes de lesões corporais em situação de violência doméstica (art. 129, § 9º); e (c) estabelecer uma causa de aumento de pena nos delitos de lesão corporal grave (art. 129, § 1º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º) quando praticados igualmente em situação de violência doméstica.

Em 2009, com a aprovação da Lei 12.2015, o movimento de mulheres conseguiu realizar importantes alterações no conteúdo normativo dos crimes relacionados à violação sexual, especialmente com a redesignação do bem jurídico previsto na redação original do Código de 1940 (“crimes contra os costumes”) para “crimes contra a dignidade sexual”. Se a ideia de “crime contra os costumes” vinculava os delitos sexuais a uma perspectiva de tutela da família e da moralidade, com a mudança do bem jurídico este tipo de violação passa a ofender a pessoa em sua autonomia, no livre exercício da sua sexualidade. Trata-se de um cambio significativo na forma de interpretar o fenômeno da violação sexual, sobretudo o núcleo da incriminação que é o constrangimento, as elementares violência e grave ameaça, e os sujeitos implicados (violador e vítima).

Além da redesignação do bem jurídico ofendido, a Lei 12.015/09 provocou outras mudanças significativas, entre as principais:

- (a) modificação do art. 1º, V e VI, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) para designar como hediondo quaisquer formas de estupro (não apenas as modalidades qualificadas);
- (b) unificação, em um só tipo penal, das condutas de estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214)⁴;
- (c) aumento das penas para o crime de estupro simples (reclusão de três a oito para seis a 10 anos);
- (d) inserção dos tipos qualificados no art. 213 em caso de resultado morte ou lesão corporal grave (§§ 2º e 1º, respectivamente);
- (e) substituição dos tipos dos arts. 215 e 216 de posse sexual ou atentado violento ao pudor mediante fraude pela violação sexual mediante fraude, com aumento das penas (reclusão de um a três para dois a seis anos);
- (f) agravamento de pena no assédio sexual contra menor de 14 anos (art. 216-A, § 2º);
- (g) modificação do capítulo “da sedução e da corrupção de menores” para “dos crimes contra vulnerável”, com a criação de tipos específicos como o de estupro de vulnerável (art. 217-A) e suas formas qualificadas, entre outros; e
- (h) revisão dos crimes e das penas do capítulo “do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”.

Na linha das reformas, na última década o movimento de mulheres provocou inúmeros outros câmbios legislativos, entre os quais destacamos a Lei 13.104/15, que (a) cria o tipo penal nominativo do feminicídio (art. 121, § 2º, IV); (b) define, em tipo penal interpretativo, o significado do crime contra a vida da mulher em razão da condição de sexo feminino (art. 121, § 2º-A); e (c) estabelece causas de aumento de pena relacionadas a especiais condições da vítima (gravidez e etariedade) ou circunstâncias do fato (presença de descendente ou ascendente da vítima).

A previsão do feminicídio como hipótese autônoma de homicídio qualificado (art. 121, § 2º) e a definição de parâmetros interpretativos no § 2º-A (“considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher”) foram interessantes sobretudo do ponto de vista da construção social do significado da violência machista e da discriminação à condição de mulher. Especialmente porque as circunstâncias arroladas no § 2º-A, II, já qualificavam o crime de homicídio.

O homicídio simples, regulado no art. 121, *caput*, do Código Penal, tem previsão de pena de reclusão de seis a 20 anos. Todavia, se praticado nas situações do § 2º, o crime seria qualificado com penalidade de 12 a 30 anos. Entre as qualificadoras do § 2º, o inciso I prevê

4. Antes da Lei 12.015/09, o “crime de estupro” admitia como vítima apenas a mulher, visto a referência à “conjunção carnal”, ou seja, coito vaginal. O art. 214 previa o constrangimento de qualquer pessoa (mulher ou homem), mediante violência ou grave ameaça, à ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Com a nova redação, as condutas autônomas passaram a configurar crime único, um tipo penal de ação múltipla.

o “motivo torpe” e o inciso II o “motivo fútil”, situações que, conforme a doutrina penal e, inclusive, a jurisprudência dos Tribunais, já englobariam agressões motivadas por *ódio* ou *discriminação*. Não apenas em razão do seu conteúdo conceitual, mas, sobretudo, pela regra de motivação imposta pelo Supremo na ADO 26, como exposto anteriormente.

Note-se que a Lei 13.104/15 vincula o feminicídio a duas condições: uma de caráter objetivo: situação de violência doméstica e familiar; outra de natureza subjetiva: motivação do agente (menosprezo ou discriminação à condição de mulher). A primeira deriva da especial condição de vulnerabilidade da mulher no âmbito das relações afetivas; a segunda relacionada à sua própria existência como ser feminino. Ocorre que esse motivo já estaria englobado pelo conceito geral da qualificadora, ou seja, o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher já se constituía como espécie dos gêneros motivo torpe ou fútil.

Por outro lado, a vulnerabilidade da mulher-vítima (circunstância objetiva) igualmente estaria representada na traição da confiança inerente às relações afetivas (§ 2º, IV, do art. 121). Não obstante o fato de os meios usualmente empregados neste tipo de violência patriarcal também serem circunstâncias qualificadoras (art. 121, § 2º, III). Significa dizer que, em geral, as experiências de violência machista contra a vida das mulheres já qualificavam a pena do homicídio. A Lei 13.104/15 operou, portanto, mais no plano *simbólico*, ao nominar e ressignificar o ato, do que propriamente reforçar a punitividade. Exatamente por isso é possível definir dogmaticamente essa forma de incriminação como *tipos penais nominativos* (ou adjetivadores), uma importante inovação em termos político-criminais.

Questão que merece ser debatida, porém, é a da limitação do sujeito passivo do feminicídio às mulheres e às condições do sexo feminino. Em razão desta arquitetura legal foram excluídas da posição de vítimas de *feminicídio* as travestis, transexuais e transgêneros (CAMPOS/SILVA, 2022, p. 229 e ss.; PINHO/BRITO, 2020, p. 86). Embora entendamos a necessidade da elaboração de tipos penais nominativos específicos para identificação das mortes de mulheres trans como *transfeminicídio*, na linha proposta em outro momento (CAMPOS/SILVA, 2022), é evidente que a restrição do feminicídio ao critério biológico (reducionismo naturalista) materializa uma forma bastante evidente de violência de Estado: o não reconhecimento (ou reconhecimento apenas parcial) do *status* jurídico de pessoas reais em especiais condições de vulnerabilidade.

Na sequência ainda é possível arrolar outras três significativas mudanças legais:

(a) Lei 13.718/18: tipifica a “importunação sexual” (art. 215-A do Código Penal), consistente na prática de ato libidinoso contra alguém, sem anuência, para satisfazer a lascívia, e diversas formas de divulgação de cenas de estupro ou de sexo ou de pornografia (art. 218-C). Cria, ainda, duas causas especiais de aumento de pena, aplicáveis a todos os delitos sexuais: “*estupro coletivo*”, quando há concurso de duas ou mais pessoas; e “*estupro corretivo*” (art. 226, IV, “a”), quando há finalidade de controlar o comportamento social ou sexual da vítima (art. 226, IV, “b”).

(b) Lei 14.188/21: amplia a incidência das circunstâncias do feminicídio para os crimes contra a integridade física, estabelecendo pena de um a quatro anos quando houver lesão corporal “[...] praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código” (art. 129, § 13). Além disso, inova na

criminalização de uma forma específica de ameaça relacionada ao dano emocional causado à mulher (art. 147-B).

(c) Lei 14.344/22: cria inúmeros mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente e altera dispositivos do Código Penal no que diz respeito às regras de prescrição – “nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam violência contra a criança e o adolescente, previstos neste Código ou em legislação especial, [a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr] da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal” (art. 111, V) –; às qualificadoras dos crimes de homicídio contra menores de 14 anos (art. 121, § 2º, IX e § 2º-B); e às causas de aumento de pena nos crimes contra a honra de crianças, adolescentes, pessoas maiores de 60 anos ou com deficiência (art. 141, IV).

É nesse contexto de alta produção normativa que se encontra o projeto que pretende alterar a Lei 7.716/89 (Lei dos Crimes Raciais), recentemente modificada pela Lei 14.532/23, para inserir o “crime de misoginia” entre as hipóteses de “crimes de racismo”. Com a última reforma (de janeiro de 2023), a “injúria racial” foi transferida do Código Penal para a Lei dos Crimes Raciais, sendo suas penas aumentadas de um a três para dois a cinco anos de reclusão. A ideia central do Projeto apresentado pela Sen. Lobato, como exposto na introdução, é equiparar as condutas e, logicamente, suas consequências penais.

5. DISCUSSÃO: OBJETO E MÉTODO NAS REFORMAS POLÍTICO-CRIMINAIS RELACIONADAS AOS CRIMES DE ÓDIO

5.1. Partimos de algumas ideias-chave para enfrentar o debate sobre os processos de criminalização dos crimes de ódio no Brasil:

“(primeira) o racismo, a misoginia e a lgbtqiapn+fobia foram estruturantes na constituição histórica do Estado brasileiro e são configuradores de inúmeras formas de violência, em distintas dimensões (interindividual, simbólica, institucional);

(segunda) é inquestionável a legitimidade dos movimentos sociais em demandar responsabilizações jurídicas pelos atos de preconceito e discriminação;

(terceira) é fundamental, porém, “interrogar sobre as significações políticas, os usos e os efeitos da criminalização”, conforme ensina Batista (2011);

(quarta) em se tratando de intervenção penal, deve ser respeitada a dimensão negativa dos direitos humanos, ou seja, a pauta liberal (garantista) de contenção do poder punitivo;

(quinta) o garantismo penal deve representar o denominador comum dos movimentos sociais e das criminologias críticas no debate sobre política criminal, em especial no relacionado aos crimes de ódio; e

(sexta) em um contexto de renovação do autoritarismo na América Latina, é fundamental, nos termos propostos por Vera Andrade (2020, p. 24), que se compreenda o contexto (“imperativo do contexto”) e o vincule à construção do conhecimento (“imperativo do texto”), sempre a favor de uma práxis de efetivação dos direitos.”

A partir do entendimento de os direitos humanos serem o *objeto* (de proteção) e o *limite* (de intervenção) do direito penal (BARATTA, 2011), entendemos que as violências motivadas pelo ódio constituem situações legitimamente criminalizáveis, sobretudo porque envolvem conflitos nos quais são violados bens jurídicos de pessoas de carne e osso (FERRAJOLI, 1989) previamente determinados pela Constituição. Conforme procuramos demonstrar no levantamento dos casos, os crimes de ódio motivados pelo racismo, pela misoginia e pela lgbtqiapn+fobia se materializam em violências diretas contra pessoas concretas, provocando danos reais e palpáveis de bens jurídicos vinculados às políticas criminais minimalistas. As dimensões estrutural-institucional e simbólica dessas violências se concretizam, pois, como violência direta e interpessoal. Assim, pensamos que não pode haver questionamento em relação à legitimidade para responsabilização jurídica dos perpetradores desses tipos de violências.

Exatamente por isso, em outros momentos, em debates relacionados diretamente à lgbtqiapn+fobia (CARVALHO, 2012) e, mais especificamente, ao transfeminicídio (SILVA, 2022), sustentamos como político-criminalmente válida a *diferenciação qualitativa* dos crimes de ódio.

Do ponto de vista da afirmação dos direitos fundamentais das pessoas e dos grupos vulneráveis, não seria apenas razoável, mas inclusive necessário, que as motivações de ódio possam identificar, em normas jurídicas próprias, condutas que provocam danos à vida (*homicídio misógino*), à integridade física (*lesões corporais racistas*), à liberdade sexual (*violação sexual lgbtqiapn+fóbicas*) e à honra (*injúria racista*), p. ex. normas que poderiam ser definidas como “tipos penais nominativos”⁵ (ou “tipos penais adjetivadores”), no sentido gramatical, com expressão político-criminal, de uma qualidade (normativa) que se junta ao substantivo (crime) para modificar o seu significado e definir uma natureza própria.

Em grande medida, a “criminalização do feminicídio” operou exatamente neste sentido: o processo legislativo restringiu-se a *nominar* a morte de mulheres em razão do gênero, sem alterar as penas – como procuramos demonstrar anteriormente, a motivação de ódio já qualificava o crime, notadamente após a regra interpretativa estabelecida no julgamento da ADO 26. Compreender essa técnica de normas nominativas poderia resolver, inclusive, o debate sobre os empresários morais atípicos – ou “esquerda punitiva” (KARAM, 1996) – que, em grande medida, cria falsas oposições e dificulta a aliança entre a criminologia crítica e os movimentos negros, de mulheres e lgbtqiapn+ (neste sentido, CARVALHO/MATOS, 2021).

A tese que sustentamos é a de que a identificação das formas de violência racista, misógina e lgbtqiapn+fóbica, em um *nomen juris* próprio, ressignificando *condutas já criminalizadas*, pode produzir efeitos positivos importantes como, em seus aspectos simbólicos,

5. Em outro momento foi utilizado o termo “tipos penais simbólicos” (CARVALHO, 2012). No entanto, preferimos substituir a categoria devido à confusão que poderia gerar em razão da conhecida crítica da Escola penal de Frankfurt ao “direito penal simbólico” (ou às funções meramente simbólicas do direito penal contemporâneo) (HASSEMER, 2003, p. 56 e ss.; HASSEMER, 2007, p. 189 e ss.; JAHN/SACHA, 2020; entre outros).

o da comunicação e identificação social desses crimes. Além disso, de forma pragmática, do correto registro da violência nos bancos de dados públicos e a consequente criação e direcionamento de políticas públicas preventivas. Significa dizer: é a *nominação* e o *reconhecimento formal* pelo Poder Público que retira essas violências da invisibilidade e permite o desenvolvimento de estratégias de enfrentamento, sobretudo nas áreas da saúde, da educação e da assistência social.

Normas exclusivamente nominativas não incrementam o punitivismo e são compatíveis com as pautas político-criminais garantistas e minimalistas (CAMPOS/CARVALHO, 2011, p. 150). Ademais, nominar como *racistas*, *misóginas* ou *lgbtqia+fóbicas* certas condutas é uma tarefa designada e exigida pela Constituição, conforme antecipamos.

Em conclusão, entendemos como indiscutível a legitimidade das demandas dos movimentos sociais no que tange (*primeiro*) à implementação de políticas de discriminação positiva; e (*segundo*) à *designação* como *crimes autônomos*, por meio de tipos penais nominativos, condutas que envolvem discriminação ou preconceito (*crimes de ódio*). Além disso, não é demasiado pensar que em uma cultura embriagada pelo punitivismo (“imperativo do contexto”), o ato de reconhecer um determinado ato como crime de ódio (sem incrementar as penas ou alterar suas formas de execução) pode aumentar a consciência social frente ao problema, como indicaram as pesquisas sobre a percepção social da violência doméstica após a edição da Lei Maria da Penha (IBOPE/THEMIS, 2008).

5.2. A questão, portanto, não nos parece ser de *objeto* (se nomear ou não nomear os crimes de ódio), mas de *método* (como realizar essa nomeação). Em especial porque *qualquer uso do direito penal deve ser avaliado com a máxima cautela*, visto que mesmo uma ação estratégica aparentemente controlada pode provocar efeitos reversos como o direcionamento do agir das agências penais contra os “suspeitos” e os “perigosos” de sempre: as pessoas vulneráveis à criminalização. Desde uma perspectiva crítica, o direito penal e as agências de controle do sistema punitivo devem estar sob constante vigilância e sempre sob suspeita (CARVALHO, 2012).

Nesse ponto, entendemos que essa forma (método) de responsabilizar os crimes de ódio segue uma receita diversa daquela proposta pelas políticas criminais alternativas inspiradas no conhecimento produzido pelas criminologias críticas. Repetimos: para além dos importantes avanços e da legitimidade dos movimentos sociais em postular mudanças legislativas, a alta demanda político-criminal coloca algumas questões que não podem simplesmente ser ignoradas, em especial no âmbito da pesquisa acadêmica. E isso não significa menosprezar a luta dos movimentos sociais pela efetividade dos direitos humanos.

Entre os problemas que merecem reflexão, alguns de *ordem normativa* como (a) a necessidade de preservar a unidade da legislação diante das respostas contingentes (problema da descodificação penal); (b) a necessidade de manter a taxatividade e a coerência da legalidade penal (problema do uso de fórmulas legais vagas, obscuras ou imprecisas); (c) a necessidade de garantir a legalidade estrita (problema da criminalização por analogia pelo Poder Judiciário); e (d) a necessidade de garantir um equilíbrio mínimo na resposta penal frente a condutas de distinto desvalor (problema da desproporcionalidade das penas). Às questões normativas somam-se outras de *natureza criminológica* como (a) a efetividade da resposta

penal para tutela de bens jurídicos; e (b) o reforço do punitivismo derivado de algumas pautas dos movimentos sociais.

Em relação aos problemas de ordem normativa (objeto desta pesquisa) – os de ordem criminológica foram desenvolvidos em outro momento (CARVALHO, 2012; CARVALHO/MATOS, 2021) –, destacamos, p. ex., que a migração das condutas do Código Penal para a Lei dos Crimes Raciais efetiva um processo de descodificação que não invariavelmente amplia os níveis de assistemática da legislação penal. De igual modo, o aumento tópico das penas para algumas condutas isoladas provoca um tratamento punitivo desproporcional em que são atribuídas penas mais graves para condutas menos lesivas.

Veja-se, p. ex., o caso do “racismo recreativo”, introduzido pela Lei 14.532/23. O art. 20-A da Lei 7.716/89 passou a ter a seguinte redação: “os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação”. Assim, injuriar alguém em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional (injúria racial), em contexto ou com intuito “recreativo”, implicaria em pena privativa de liberdade de dois anos e oito meses a sete anos e seis meses (penas do *caput* com a majoração de 1/3). A majoração da pena levanta algumas questões importantes como as relacionadas ao desvalor da conduta como, p. ex., se a injúria racial recreativa é efetivamente mais grave do que aquela praticada em outras situações ou contextos (como as perpetradas nas relações de trabalho ou cometidas no ambiente educacional).

Por outro lado, relevante observar que essa mudança legislativa gerou uma desproporcionalidade de penas, sobretudo se compararmos os crimes contra a honra e os crimes contra a integridade física. No Código Penal brasileiro a pena para “lesões corporais simples” é de três meses a um ano (art. 129, *caput*); para “lesões corporais graves” de um a cinco anos (art. 129, § 1º); para “lesões corporais gravíssimas” de dois a oito anos (art. 129, § 2º); para lesões em contexto de violência doméstica de três meses a três anos (art. 129, § 9º); e para lesões praticadas contra a mulher “por razões da condição do sexo feminino” (art. 129, § 13), de um a quatro anos. Assim, as penas do crime de “injúria racial” (dois a cinco anos) são maiores no mínimo e se equiparam no máximo às de lesão corporal grave que resulta, p. ex., em “debilidade permanente de membro, sentido ou função” (art. 129, § 1º, III) (um a cinco anos). As sanções do “racismo recreativo” (dois anos e oito meses a sete anos e seis meses) são igualmente maiores no mínimo e praticamente se equiparam no máximo às de lesão corporal gravíssima que resulta, p. ex., em “perda ou inutilização do membro, sentido ou função” ou “deformidade permanente” (art. 129, § 2º, III e IV) (dois a oito anos). No caso de aprovação do Projeto de Lei 896/23, as penas para a “injúria misógina” serão de dois a cinco anos de reclusão (art. 2º-A da Lei 7.716/89) – elevada até sete anos e seis meses em casos de “misoginia recreativa” –, enquanto as de “lesão corporal misógina” são de um a quatro anos (art. 129, § 2º-A) e em contexto de violência doméstica de reclusão de três meses a três anos (art. 129, § 9º).

Verificar essas incongruências normativas é importante porque, na atualidade, todo o debate sobre crimes de ódio no Brasil converge para alterações na Lei 7.716/89. Alterações operadas tanto no campo legislativo – racismo e misoginia – quanto provocadas na via judicial – lgbtqiapn+fobia.

Por fim, deve-se observar que as ações criminalizadoras promovidas pelos movimentos sociais foram, em sua maioria, direcionadas à dimensão individual da violência. Nesse cenário, acreditamos que é essencial avançar e encontrar formas concretas de reduzir e controlar os danos institucionais derivados do ódio estrutural – como, p. ex., o estatuto processual da Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer) direcionado a inibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas na instrução penal.

Os problemas relacionados às estratégias legislativas não podem passar despercebidos porque têm efeitos reais no cotidiano do sistema penal. E ressaltar esses pontos significa que é possível apostar alto na capacidade crítica dos movimentos sociais e das teorias acadêmicas que lhes dão suporte. Em vários sentidos isso já é percebido, conforme destacamos. Porém, entendemos relevante que os movimentos sociais possam revisar suas estratégias (métodos) e, assim, reforçar a “aliança criminológica” (VERA ANDRADE, 2020) contra o autoritarismo que coloca em risco a democracia no Brasil e nos demais países da América Latina e se materializa nos crimes de ódio.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALAGIA, Alejandro; CODINO, Rodrigo. *La Descolonización de la Criminología en America*. Buenos Aires: Ediar, 2019.
- ALMEIDA, Silvio. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Brazil: Police Killings, Impunity, and Attacks on Defenders*. London, 2016.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Informe 2017/18: o estado dos direitos humanos no mundo*. Rio de Janeiro, 2018.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *The Human Rights Situation in the World 2022/23*. Rio de Janeiro, 2023.
- AMNESTY INTERNATIONAL. *Você matou meu filho: Homicídios cometidos pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 2015.
- ANDRADE, Vera. Criminologia em pedaços. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v. 328, 2020.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. Sobre el filo de la navaja. *Epos*, v. 2, n. 1, 2011.
- BENEVIDES, B. G. *Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022*. Brasília: Antra, 2022.
- BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- CAMPOS, Carmen; CASTILHO, Ela (Org.). *Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- CAMPOS, Carmen; SILVA, Paula. Crimes contra a vida. In: Campos, Carmen; Castilho, Ela (Org.). *Manual de Direito Penal com Perspectiva de Gênero*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- CARVALHO, Salo de; CAMPOS, Carmen Hein de. Tensões Atuais entre a Criminologia Feminista e a Criminologia Crítica: a experiência brasileira. In: *Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- CARVALHO, Salo de; GOYES, David; WEIS, Valeria. Politics and Indigenous Victimization: The Case of Brazil. *British Journal Of Criminology*, v. 61, 2021.
- CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. The Crisis of the Critical Criminology Crisis in Brazil. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v. 60, 2021.
- CARVALHO, Salo de. *Curso de Criminologia Crítica Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2023.
- CARVALHO, Salo de. Sobre a Criminalização da Homofobia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, 2012.
- CEDAW – *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil. Disponível em: [www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-BRA-CO-7.pdf].
- CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório 54/01: Caso 12.051*. Brasil, 2001.
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Banco de monitoramento de prisões*. Brasília, 2020.
- CONNELL, Raewyn. *Gênero em termos reais*. São Paulo: Versos, 2016.
- CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil*. Sentença de 05.02.2018.
- DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília, 2017.
- FBPS – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, 2019.
- FBPS – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, 2022.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998.
- FLAUZINA, Ana. *Corpo negro caído no chão*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- GALTUNG, J. A structural theory of imperialism. *Journal of Peace Research*, v. 8, n. 2, 1971.
- GALTUNG, J. Cultural violence. *Journal of Peace Research*, v. 27, n. 3, 1990.
- GALTUNG, J. Violence, peace, and peace research. *Journal of Peace Research*, v. 6, n. 3, 1969.
- GERSTENFELD, Phyllis B. Hate Crimes. In: Caeiro, Pedro et al. (Coord.). *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham: Elgar Publishing, 2023. v. 1.
- GOYES, David. *A southern green criminology*. Bingley: Emerald, 2019.
- GROSSI, Miriam Pillar. De Angela Diniz a Daniela Perez: a trajetória da impunidade. *Revista Estudos Feministas*, v. 01, n. 01, 1993.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- IBOPE/THEMIS. *Dois Anos da Lei Maria da Penha: o que pensa a sociedade?* Brasília, Ministério da Justiça, 2008.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Atlas da Violência*. São Paulo, 2019.
- JAHN, Matthias; ZIEMANN, Sacha. A Escola de direito Penal de Frankfurt: tentativa de uma revisão provisória. In: BOLDT, Raphael. *Teoria Crítica e Direito Penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, v. 1, 1996.
- LEITE, Isabela; MACHADO, Livia. Atriz registra boletim de ocorrência após receber ameaça de morte de coach e influencer Thiago Schutz. *GloboNews*, 27.02.2023.
- MORRISON, Wayne. *Criminology, Civilisation and the New World Order*. Cavendish: Routledge, 2006.

- OLMO, Rosa del. Limitations for the prevention of violence: The Latin American reality and its criminological theory. *Social Justice*, v. 3, 1975.
- ONU – Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Alyne da Silva Pimentel Teixeira vs. Brazil. Comunicação 17, 2008.
- ORTONA, Sandro. Antisemitismo. In: BOBBIO, Norberto et al. (Coord.). *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.
- PINHO, Ana C. B.; BRITO, Michele. Crimes Contra a Vida. In: QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte especial*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ROCHA, Matheus. Mortes pela polícia caem no Brasil pela primeira vez em oito anos. *Folha de São Paulo*, 28.06.2022.
- SAGOT, Montserrat. El femicidio como necropolítica en Centroamérica. *Revista Labrys Estudios Feministas*, v. 24, 2013.
- SANTOS, Juarez Cirino. *A Criminologia da Repressão*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SEGATO, Rita. *Cenas de um pensamento incômodo: gênero, cárcere e cultura em uma visada decolonial*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2022.
- SEGATO, Rita. *La guerra contra las mujeres*. Buenos Aires: Prometeo, 2018.
- SENADO FEDERAL. *Projeto que criminaliza homofobia será arquivado*. Brasília, 07.01.2015.
- SILVA, Adelene. *Esterilização Compulsória e Precarização da Vida*. Dissertação de Mestrado em Direito. UniRitter, Porto Alegre, 2019.
- SILVA, Paula F. *Transfeminicídio, entre o Asfalto e o Caixão*. Dissertação de Mestrado Direito. Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio; SANTOS, Ílison. *A Nova Crítica Criminológica*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Colonização Punitiva e Totalitarismo Financeiro*. Rio de Janeiro: Da-Vinci, 2021.
- ZIMBARDO, Philip. *O Efeito Lucifer*. São Paulo: Record, 2013.

7. JURISPRUDÊNCIA

- STJ – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 222.653/RO, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 12.07.2000, D.J. 30.10.2000.
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Civil Pública 5106733-42.2020.8.21.0001, 2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



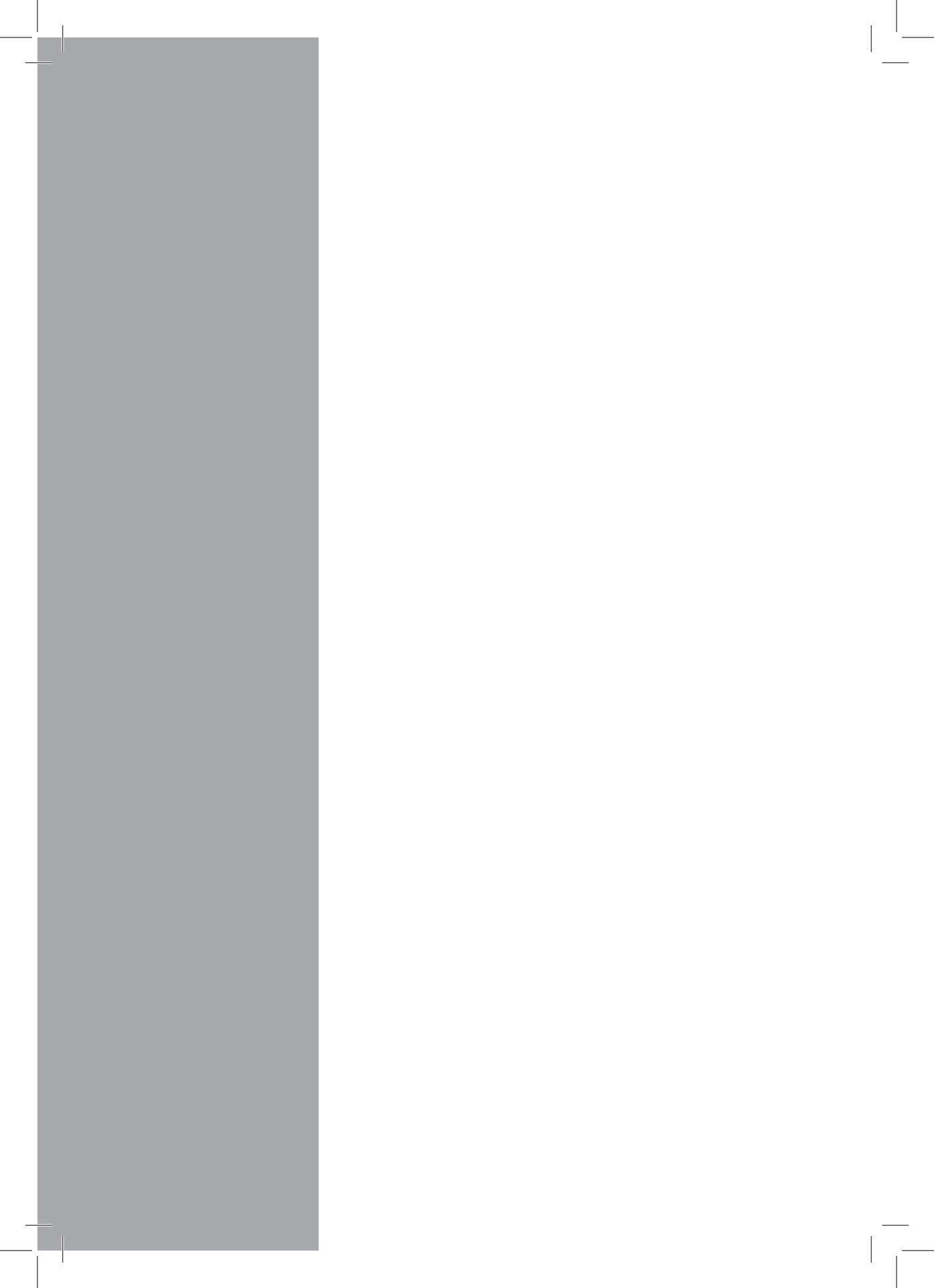
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Condenação por misoginia na tv, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 24;
- Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico, de Tatiana Badaró – *RBCCrim* 145/531-569;
- Discurso de ódio: nazismo, ditadura militar, Grundgesetz, constituição cidadã e caso Ellwanger, de Leonardo Silva Pires – *RDCI* 114/171-195;
- Limites da liberdade de expressão religiosa e discurso de ódio na visão do Supremo Tribunal Federal, de Alexandre Minatti – *RDCI* 141/87-103;
- O princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz para diferenciação entre liberdade de expressão e o discurso de ódio, de Rafael Khalil Coltro – *RT* 1026/321-335; e
- Sobre a compreensão e a justificação dos crimes de ódio contra a vida (*hate crimes*) no direito brasileiro: reflexões a partir do debate estadunidense, de Roger Raupp Rios e Claudia Maria Dadico – *RBCCrim* 141/119-156.



Entrevista



ENTREVISTA DO PROF. DR. BRUNO BUONICORE AO PROF. ME. LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE, SOBRE O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE *CULPABILIDADE POR RECONHECIMENTO* EM SUA TRAJETÓRIA

INTERVIEW BY PROF. DR. BRUNO BUONICORE WITH PROF. ME. LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE, ON THE DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF CULPABILITY BY RECOGNITION IN ITS JOURNEY



PROF. DR. BRUNO BUONICORE

Professor Titular de Direito Penal no Centro Universitário de Brasília – CEUB (graduação, mestrado e doutorado). Doutor em Direito Penal – *Summa Cum Laude* – pela Universidade de Frankfurt/Alemanha, como bolsista de doutorado integral do DAAD. Ex-Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Advogado.

Entrevistador:

LUÍS ROBERTO CAVALIERI DUARTE

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professor de Direito Penal da Universidade Católica de Brasília. Defensor Público do Distrito Federal.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5049673970679794>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1033-4798>].
prof.robertoduarte@gmail.com

DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10999303].

Luís Roberto Cavalieri Duarte: Prof. Dr. Bruno Buonicore, inicialmente, quero expressar meus sinceros agradecimentos pela generosidade e disposição de conceder esta entrevista, cujo objetivo é buscar compreender um pouco mais sobre o desenvolvimento do conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento* em sua trajetória e a importância desse pensamento para a realidade latino-americana.

Por ser ainda bastante jovem, nos chama atenção a profundidade de sua pesquisa e de seus escritos sobre a culpabilidade jurídico-penal, incluindo a publicação de sua obra em alemão, e até mesmo o diálogo despertado por suas ideias com professores consagrados, como o Prof. Dr. Klaus Günther,¹ Prof. Dr. Günther Jakobs,² Prof. Dr. Cornelius Prittwitz,³ Alexander Bertrand-Pfaff,⁴ bem como o Prof. Dr. Juarez Tavares⁵.

1. (Tradução nossa) “A presente obra representa uma conquista notável, capaz de enriquecer a discussão científica sobre a culpabilidade no direito penal com um novo conceito, desenvolvido com novos argumentos.” GÜNTHER, Klaus. *Gutachten der Dissertation*. n. 2.
2. (Tradução nossa) “De plano, defende Bruno Tadeu Buonicore, em seu trabalho apresentado na Universidade de Frankfurt, a tese de que a liberdade individual e, com isso, a culpabilidade, não podem ser representadas pela perspectiva naturalista, que a perspectiva ontológica não é passível de verificação e que a perspectiva funcionalista não deixa de tratar a liberdade individual como uma ficção. Os dois últimos modelos – “conceitos deficitários” – deveriam então ser substituídos pela “noção de reconhecimento material da liberdade individual como uma realidade intersubjetiva, historicamente construída e mediada pelo Estado” – trata-se de um anúncio poderoso (...) Portanto, deve-se “reconhecer” que Buonicore abriu uma grande porta dogmática em seu capítulo 4 e que sistematizou e desenvolveu muitas críticas nos três capítulos anteriores, de modo que adesões às suas construções podem ser esperadas com entusiasmo.” JAKOBS, Günther. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. 167, n. 11, 2020.
3. (Tradução nossa) “Em minha opinião, o autor conseguiu um grande feito. Tanto a reconstrução interdisciplinar e metodológica crítica (e comparativa) das conexões entre liberdade e culpabilidade, quanto a tentativa de encontrar um conceito de culpabilidade que evite os déficits dos conceitos anteriores de liberdade, por meio do par conceitual liberdade e reconhecimento, são rigorosas. A construção é convincente e original. A obra influenciará o debate nacional e internacional sobre direito penal e culpabilidade”. PRITTWITZ, Cornelius. *Gutachten der Dissertation*. n. 1.
4. (Tradução nossa) “A construção, muito clara e extremamente proveitosa, poderia ter ganhado ainda mais amplitude se o autor também incorporasse reflexões de Paul Ricoeur e Charles Taylor sobre o reconhecimento.” BERTRAND-PFAF, Dominik. *Zeitschrift für Theologie und Kulturgeschichte*. Bd. 16, 2021.
5. “Em seguida, volta-se às obras de Roxin e Jakobs. Aqui, um leitor desavisado poderia perguntar-se por que precisamente os autores mais célebres e mais identificados com o funcionalismo penal são os escolhidos; por que outros autores, menos divulgados, não serviram à estruturação da obra. Cabe a advertência: Buonicore não diz mais do mesmo; revela as premissas teóricas e examina com uma lupa o cerne dos modelos teóricos desenvolvidos por esses autores, para expor-lhes as contradições à luz do dia. O resultado é que verdades de há muito banalizadas recebem outra, mais precisa roupagem, aspectos pouco explorados aparecem sob nova luz. E isto se dá numa abordagem ampla, que leva em consideração a teoria da pena, o conceito de ação, a localização dogmática do dolo e da culpa na tipicidade, a teoria da imputação objetiva etc.” TAVARES, Juarez. *Prefácio da tradução de Freiheit und Schuld als Anerkennung*. 2022 – Aguarda publicação.

Nesse sentido, poderia nos dizer o que o motivou a pesquisar sobre o conceito de culpabilidade? Quais foram os principais desafios dessa pesquisa?

Bruno Buonicore: Muito obrigado, Professor Cavalieri, é uma honra para mim! Pois bem, o conceito de culpabilidade representa uma das categorias mais complexas, importantes e discutidas de toda a dogmática jurídico-penal. Isso significa que autores como v. Liszt, Frank, Freudenthal, Welzel, Roxin, Jakobs, entre outros grandes nomes, que são fundadores de perspectivas metodológicas próprias sobre a teoria do crime, desenvolveram o conceito de culpabilidade. Isso é muito bom, por um lado, pois a bibliografia sobre o tema é muito vasta. Por outro, entretanto, isso cria um ônus argumentativo e de fundamentação elevado para quem pretenda desenvolver um pensamento autônomo sobre a culpabilidade. Então, é um desafio muito grande. Contudo, toda a estrutura da Universidade de Frankfurt, a prestatividade dos orientadores, e o fomento financeiro do DAAD (Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha), que me permitiram dedicar 4 (quatro) anos inteiros à pesquisa, em caráter de exclusividade, tornaram esse projeto possível.

Minha motivação, desde que iniciei a pesquisa sobre a culpabilidade, em 2012, ainda durante o mestrado na PUC-RS, sempre foi explorar o aspecto humano da teoria do crime. A culpabilidade se desenvolve na teoria contemporânea do crime, desde Binding, pode-se dizer, como o espaço dogmático propício para essa dimensão, para análise das diferentes camadas que compõem o sujeito e seus impactos no ilícito-típico provocado por sua conduta.

Inicialmente, no mestrado, percorri o caminho do existencialismo heideggeriano. Após, já na Universidade de Frankfurt, naturalmente influenciado pelos teóricos da chamada Escola de Frankfurt – tanto pelo instituto para pesquisa de filosofia social, que tem nomes como Adorno, Marcuse, Habermas e Honneth, como pela própria escola de direito penal, que possui em Hassemer talvez seu maior expoente –, encontrei aquilo que procurava havia tantos anos e me inquietava diante da realidade latino-americana: o aspecto intersubjetivo e social. Então, trazer o aspecto social para a equação da culpabilidade jurídico-penal, para o terceiro nível do conceito analítico de crime, principalmente relacionado à cidadania em sua dimensão material, passou a ser meu principal objetivo.

Luís Roberto Cavalieri Duarte: Como se deu essa construção? Em seus escritos, você chega a dialogar com a perspectiva de Klaus Günther, que aborda a questão da cidadania. Como foi esse diálogo?

Bruno Buonicore: Em termos gerais, reduzindo a complexidade, o Professor Klaus Günther busca a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal na base teórica da ação comunicativa habermasiana. A partir disso, trabalha com a noção de pessoa deliberativa e de cidadão como agente tanto destinatário da norma – passivo – como produtor da norma – ativo. Assim, a culpabilidade ganha legitimidade pelo acordo democrático – comunicativo e intersubjetivo –, que confere significado à liberdade individual, a ser atribuída pelo Estado. Ocorre que não se distingue, nessa equação, em que o Estado atribui uma liberdade comunicativa ao sujeito que é objeto da persecução penal, o cidadão material do cidadão meramente formal, algo que é de extrema relevância em nosso contexto social.

Diante disso, procurei, na teoria do reconhecimento de Honneth – que sucede a Habermas, na Escola de Frankfurt –, dedicada à filosofia social, subsídios teóricos para trazer

a dimensão material da cidadania para culpabilidade. Honneth, a partir de reconstruções marxistas e hegelianas, forja um conceito de liberdade socialmente esclarecida em que a liberdade individual, diferentemente de uma liberdade da vontade subjetiva, é construída intersubjetivamente por relações de reconhecimento recíproco entre os sujeitos, mediadas pelas instituições estatais.

De forma geral, esse passo de Habermas para Honneth permite diferenciar o cidadão meramente formal daquele que de fato recebe de seus pares o reconhecimento, por meio das instituições estatais, na forma de acesso material, ainda que em estado potencial, aos elementos constitutivos da liberdade individual, como educação, saúde, trabalho, cultura, lazer, saneamento básico, redes de água, luz, transporte, alimentação de qualidade, segurança etc.

Esses elementos passam, então, a ser condicionantes da liberdade, como uma perspectiva de liberdade individual socialmente esclarecida em sua dimensão material. Isso significa que, se há um déficit material de reconhecimento, em termos práticos, um déficit do Estado na implementação dos direitos fundamentais que constroem a liberdade individual do cidadão, ou seja, uma insuficiência do Estado na materialização do art. 6º da Constituição Federal, haverá alguma mitigação da liberdade individual produzida.

Tal construção permite incorporar, na culpabilidade, uma noção de liberdade individual, de capacidade para o ilícito-típico, adequada aos postulados normativos do Estado Social e Democrático de Direito – não apenas ao Estado Democrático de Direito. Permite, também, considerar uma possível assimetria na relação de direitos e deveres entre indivíduo e Estado na culpabilidade.

Neste ponto, entra a noção de subcidadania, de Marcelo Neves, e a consequência jurídico-penal de que um subcidadão – na medida de sua subcidadania – não pode ser tratado pelo direito penal da mesma forma que um cidadão, em termos materiais, como se assim o fosse. Essa diferenciação precisa ser feita pelo direito penal e seu *locus* é a categoria da culpabilidade.

Luís Roberto Cavalieri Duarte: Na qualidade de Defensor Público há muitos anos, preciso perguntar, como se dá a aplicação prática do conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento* e qual a diferença com relação ao conceito de *Culpabilidade por Vulnerabilidade*, do Professor Zaffaroni?

Bruno Buonicore: Em termos práticos e concretos, o conceito nos leva, no espaço da culpabilidade jurídico-penal, a uma coculpabilidade do Estado pelo crime em casos em que é constatado empiricamente um claro *déficit* de reconhecimento por parte de suas instituições em relação ao sujeito que comete o ilícito-típico.

No caso dessa falta estatal, na qual o sujeito ativo do crime é verdadeiramente um subcidadão, ou seja, o Estado não esteve suficientemente presente em sua vida pessoal individualizada a ponto de produzir materialmente a liberdade individual positiva que a culpabilidade jurídico-penal pressupõe como fundamento constitucional, a proposta se desdobra, em nível dogmático, em um juízo de reprovabilidade afastado ou reduzido por parte do Estado na sentença criminal, a ser apreciado nos arts. 59 e/ou 66 do CP.

O afastamento da censura jurídico-penal, por inexigibilidade, ou sua redução como medida da pena deverá se dar a partir de uma análise concreta do valor do bem jurídico-penal protegido pela norma incriminadora ofendida bem como do nível ou grau e da qualidade do *déficit de reconhecimento* do sujeito ativo do delito.

De fato, por outros caminhos teóricos, a ideia de culpabilidade já encontrou guarida no direito penal brasileiro, em termos semelhantes, na construção de Zaffaroni. Inclusive, tal semelhança com nosso trabalho é reconhecida pelo Professor Juarez Tavares.⁶

Ancorado em pressupostos criminológicos marxistas e ligados à teoria do etiquetamento – *labeling approach* –, Zaffaroni defende, por meio de sua atual ideia de culpabilidade por vulnerabilidade, que determinados indivíduos teriam, por sua condição social e pela seletividade do sistema criminal, um menor âmbito de autodeterminação diante do ilícito-típico. O resultado disso seria a necessidade, somada ao juízo sobre a autodeterminação ligada ao ato, de um juízo normativo adicional sobre o esforço pessoal do sujeito para atingir a situação concreta de vulnerabilidade (materialização da incriminação pelo poder punitivo) em face da atividade seletiva do sistema penal. Trata-se de uma relação entre estado de vulnerabilidade e situação concreta de vulnerabilidade em que o grau de censura é inversamente proporcional ao grau de estado de vulnerabilidade do qual parte o sujeito. Dito de forma simples, a reprovação seria menor em indivíduos que, em tese, teriam por sua condição social um espectro de liberdade individual (de autodeterminação) reduzido na direção do não cometimento do crime. Tais indivíduos precisariam de um esforço menor para chegar à situação concreta de vulnerabilidade, por estarem já em estado de vulnerabilidade.

A grande questão que se coloca diante da teoria de Zaffaroni, entretanto, é que tal esforço pessoal, que é o objeto da culpabilidade, não deixa o espaço subjetivo. Apesar de oferecer um conceito de culpabilidade plenamente esclarecido sociologicamente, o autor não trabalha suficientemente a produção do significado da liberdade individual em nível epistemológico (o acesso à liberdade dentro da teoria do conhecimento), permanecendo a censura a incidir sobre uma liberdade individual de ordem subjetiva e inverificável. O resultado disso é que, em vez de superar a aporia welzeniana na teoria do conhecimento, Zaffaroni a duplica: assim como o *poder de agir de outra maneira* ligado ao ato não pode ser verificado de maneira objetiva, o *esforço pessoal para atingir a situação concreta de vulnerabilidade*, por sua natureza subjetiva, também não pode – trata-se apenas de um segundo nível de análise da mesma liberdade da vontade subjetiva e ontológica que se liga agora ao esforço pessoal.

Isso traz problemas processual-penais probatórios intransponíveis para a aplicabilidade de prática do conceito de Zaffaroni, já que não se pode, dentro dos processos formais do conhecer, ter acesso ao esforço subjetivo do outro, não passando tal exame de mera presunção ou pressuposição, assim como ocorre com a liberdade da vontade do modelo de Welzel.

Ao contrário disso, nosso conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento* é epistemologicamente mais radical no sentido de que o próprio acesso ao significado da liberdade

6. “A proposta aproxima-se, com criatividade e construção teórica própria, de abordagens críticas, como a da culpabilidade pela vulnerabilidade de Zaffaroni.” TAVARES, Juarez. Prefácio da tradução de Freiheit und Schuld als Anerkennung. 2022 – Aguarda publicação.

individual pressuposto pela culpabilidade normativa, por sua natureza necessariamente positiva, material e intersubjetiva, é produzido por relações concretas de reconhecimento recíproco mediadas pelas instituições estatais competentes. A liberdade individual, neste caso, está após a relação intersubjetiva que a produz, não antes da relação. A própria existência da liberdade individual fica condicionada às prestações estatais positivas aqui mencionadas e previstas na Constituição Federal, não se tratando da análise de uma restrição ou diminuição do âmbito de atuação de uma liberdade meramente subjetiva já existente – pretérita à relação comunicacional – diante de determinada situação social. A partir de um modelo que pressupõe a gênese social da capacidade de obediência à norma criminal, a possibilidade da prova torna-se objetiva e empiricamente verificável.

Luís Roberto Cavalieri Duarte: Como se deu o diálogo aberto com o Professor Günther Jakobs, principal expoente do funcionalismo radical?

Bruno Buonicore: Em nossa obra em alemão, que sistematiza o conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento*, cuja tradução será publicada ainda este ano, enfrentamos as principais posições teóricas acerca da culpabilidade e isso não é diferente com o funcionalismo, tanto de Roxin como de Jakobs.

Sendo assim, muitas são as páginas dedicadas à construção e à crítica do conceito de Jakobs. A grata surpresa foi que o Professor Jakobs respondeu à nossa crítica, fazendo até alguns comentários elogiosos.⁷ Isso se deu por meio da publicação pelo Professor Jakobs, no tradicional periódico alemão GA, em 2020, de uma resenha sobre nossa obra, enfrentando nossas críticas e oferecendo, de volta, 7 (sete) perguntas sobre o conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento*.

Atualmente, estamos preparando uma tréplica à resenha de Jakobs, que deve sair em forma de um pequeno livro no próximo ano.

Luís Roberto Cavalieri Duarte: Como você percebe a necessidade de construção de uma dogmática latino-americana?

Bruno Buonicore: É do conhecimento de todos que a base da dogmática jurídico-penal que utilizamos no Brasil é alemã. Por isso, é importante estudarmos os clássicos alemães, até para podermos compreender bem a origem dos conceitos que trabalhamos e sua capacidade de rendimento e insuficiências entre nós.

Construir uma dogmática latino-americana ou brasileira não significa, portanto, renunciarmos aos recursos teóricos desenvolvidos em outros países, incluindo a Alemanha, mas significa considerarmos as peculiaridades de nosso tecido social na construção e aplicação de categorias normativas e conceitos, isso é muito importante!

Isso foi feito com maestria pelo Professor Zaffaroni e deve seguir como inspiração para o desenvolvimento de novas propostas teóricas por nossos pesquisadores e professores brasileiros.

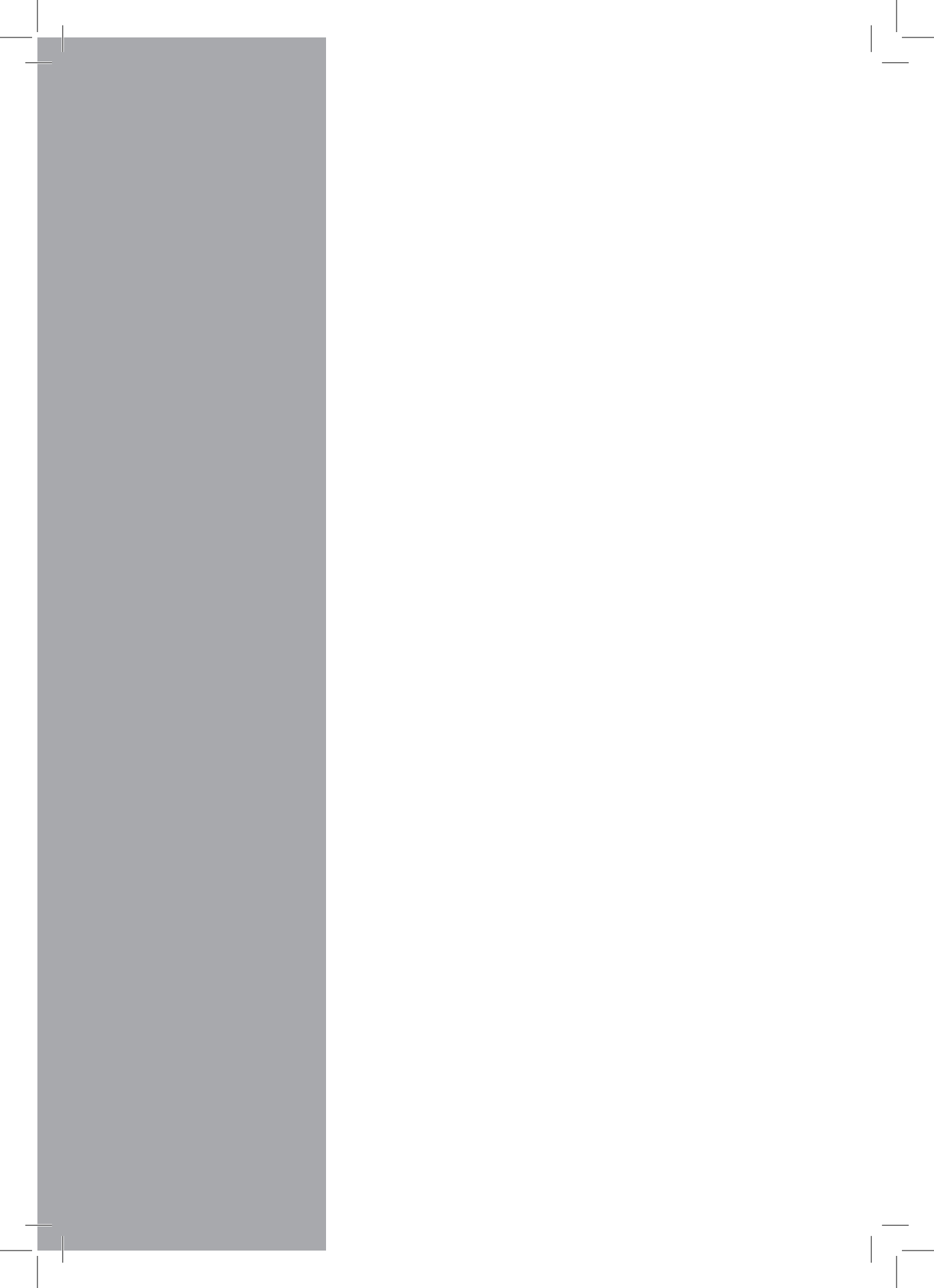
7. JAKOBS, Günther. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 167, n. 11, 2020.

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri. Entrevista do Prof. Dr. Bruno Buonicore ao Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, sobre o desenvolvimento do conceito de *Culpabilidade por Reconhecimento* em sua trajetória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 202. ano 32. p. 363-368. São Paulo: Ed. RT, mai./jun. 2024. DOI: [doi.org/10.5281/zenodo.10999303].



Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

B

BARROS, Matheus de

- O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

C

CAMARGO, Beatriz Corrêa

- A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

CAMPANA, Felipe Longobardi

- Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho

- Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

CARVALHO, Salo de

- Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

COSCRATO, Nathália de Moraes

- Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

COSTA, Renata Almeida da

- Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

D

DREZETT, Jefferson

- Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

DUARTE, Luís Roberto Cavalieri

- Entrevista do Prof. Dr. Bruno Buonicore ao Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, sobre o desenvolvimento do conceito de Culpabilidade por Reconhecimento em sua trajetória, p. 363

E

ESTELLITA, Heloisa

- Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

F

FERREIRA, Aldo Pacheco

- Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

FISCHER, Fernando B. S.

- A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

FREIRE, Francisca de Fátima dos Santos

- Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

K

KLEIN, Dennis

- *Criminal compliance* como trabalho de interpretação constitucional, p. 159

M

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis

- O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

MASTRODI, Josué

- Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

MONTEIRO NETO, Figueiredo

- A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

N

NICHELE, Cíntia da Silva Telles

- Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

NICHELE, Jakler

- Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

P

PACHECO, Rubens Lira Barros

- A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

PEDRINHA, Roberta Duboc

- Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

PEREIRA, Larissa Karoline

- Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas

- A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

R

ROTSCH, Thomas

- *Criminal compliance* como trabalho de interpretação constitucional, p. 159

S

SILVA, Paula Franciele

- Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

SIQUEIRA, Joana

- Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

SOUZA, Taiguara Libano Soares e

- Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

T

TORRES, José Henrique Rodrigues

- Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno

e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

W

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi

- Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

Z

ZAMBOM, Mariana Morais

- O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

TEMAS

A

APAC – A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

Aporias – A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

Artigo 233 – O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

Assédio sexual – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Ato libidinoso – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Ato obsceno – O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

Autonomia sexual – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

C

Colonialismo – Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

Colonização – A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

Consentimento sexual – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Crimes de ódio – Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

Crimes sexuais – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Criminal compliance – Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional, p. 159

Criminologia crítica – Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

Culpabilidade – Entrevista do Prof. Dr. Bruno Buonicore ao Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, sobre o

desenvolvimento do conceito de Culpa-
bilidade por Reconhecimento em sua
trajetória, p. 363

D

Deaths – Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

Direito penal econômico – Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional, p. 159

Direito penal internacional – A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

Direito penal sexual – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Direitos Humanos – Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

Dualismo tendencialmente monista – Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

E

Estado da arte – A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

Estupro de vulnerável – Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

Execução penal – A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

G

Garantismo – Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

Gênero – Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

– O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

Gestantes – Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

H

Human rights – Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

I

Importunação sexual – A importunação sexual por meio do toque como hipótese de incriminação do assédio sexual – Estudo acerca do crime previsto no § 184i do Código Penal Alemão, p. 17

Inconstitucionalidade – O obsceno aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

Individualização da pena – A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

Interpretação constitucional – Criminal compliance como trabalho de interpretação constitucional, p. 159

Interseccionalidade – Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

J

John Braithwaite – A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

Judiciário – O obscuro aos olhos do sistema de justiça criminal paulista: um estudo sobre as construções doutrinárias e a aplicação do artigo 233 do Código Penal, p. 96

Justiça restaurativa – A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

Justificação racional – A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

L

Letalidade policial – Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

Lgbtqiapn+fobia – Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

M

Medidas de segurança – Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

Michel Foucault – A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

Misoginia – Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

Modos de subjetivação – A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

N

Natureza jurídica – Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

Necropoder – Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

Necropolítica – Racismo, necropoder e a normalização da letalidade policial, p. 247

Necropolitics – Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

O

Omissão imprópria – Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

Omissio libera in causa – Estupro por omissão imprópria? Um pretexto para

explorar a diferença entre ser garantidor e ser penalmente responsável, p. 53

P

Prison system – Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

Public policies – Necropolitics in the prison system: a study based on statistics of deaths from unknown causes in Brazilian prisons (2014-2021), p. 271

R

Raça – Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

Racismo – Objeto e método nos processos de criminalização dos delitos de ódio no Brasil: abordagem sobre a função dos tipos penais nominativos, p. 339

Racismo – necropoder e a normalização da letalidade policial, p.

Reconhecimento – Entrevista do Prof. Dr. Bruno Buonicore ao Prof. Me. Luís Roberto Cavalieri Duarte, sobre o desenvolvimento do conceito de Culpabilidade por Reconhecimento em sua trajetória, p. 363

Reforma psiquiátrica – Direito Penal e a natureza jurídica das medidas de segurança, p. 131

Revisão sistemática – A justiça restaurativa de John Braithwaite: a repercussão da obra na produção teórica brasileira, p. 307

S

Sistema penitenciário – Interseccionalidade e violações à saúde no sistema prisional: racismo estrutural e modelo patriarcal em ruptura com os direitos fundamentais, p. 293

Sociedade disciplinar – A constituição do sujeito na associação de proteção e assistência aos condenados, p. 187

T

Teorias da pena – A experiência aporética da pena no direito penal internacional, p. 69

V

Violações de direitos humanos – Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

Violência contra mulher – Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

Violência por parceiro íntimo – Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

Vítimas de crime – Violência contra a mulher durante a gestação: entre a invisibilidade do fenômeno e os desafios da responsabilização do agressor, p. 221

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 (Impresso): 1415-5400 / ISSN (Eletrônico): 2965-3967**
- **Qualis:** A2

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, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹

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>.

- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expreso e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
 - Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
 - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
 - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

3.2. Responsabilidade editorial

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. Política de Privacidade

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicação do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

- b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
 - Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
 - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
 - Apresenta inovações significativas?
 - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
 - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
 - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
 - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
 - Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;
 - Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
 - Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.
- e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou

editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
 4. O trabalho é inédito?
 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.
- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.
- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. DIREITOS AUTORAIS

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.
- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;

- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.
- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê

poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



*Diretrizes determinadas pela equipe editorial
em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. **Os artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: [<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>].

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês)** em que houve a **colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b) Possuir número de registro ORCID
- c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e 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 científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO¹

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

- (I) **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.
- (II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como “muito bom”, “muito ruim”, “terrível” etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(a) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.
- (III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela “avaliação cega” não pode nos fazer esquecer de que, “do outro lado” do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.
- (IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado

argumento é “ruim” ou “frágil” é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

- (V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

- * requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)
 - ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
 - ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integridade? (<https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCCRIM/index>). OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
 - ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCCRIM?
 - ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
 - ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**
 - ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
 - ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
 - ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
 - ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
 - ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
 - ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
 - ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCCRIM?
-

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitável 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.